Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
= = UNIVERSIDAD DE CONCEPCION = =
Dirección y Administración ANIBAL PINTO 1 - CASILLA 49

Año V — Concepción, (Chile) Enero=Junio de 1937 No. 19 y 20

ÍNDICE

		Pág.
Fco. Javier Fernandois R.	Del Estado	1539
Fco. Javier Fernandois R.	La Responsabilidad del Estado	1557
Américo Burgos Burgos Pedro Manquilef Várgas	Sistemas por los cuales se ha desenvuelto el Sufragio	1561
Osvaldo Labarca Fuentes	Crítica de una sentencia de la Corte Suprema sobre cosa juzgada	1573
	Miscelanea Jurídica	1591
	Notas Universitarias	1601
	Jurisprudencia	1615
	Jurisprudencia Extranjera	1669
	Leyes y Decretos	1677

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Fco. Javier Fernandois R.

Del Estado

DEFINICION.—Estado significa según la Escuela Realista del Derecho, toda sociedad humana en que existe una diferencia entre gobernantes y gobernados, o sea, una autoridad política.

En este sentido, son Estados, no solamente las modernas naciones europeas, organizadas en forma científica, con un aparato gubernamental complicado, sino también cualquiera tribu de salvajes que obedezca a un jefe.

Se acostumbra decir que el Estado es la organización política de la nación.

El concepto del Estado, en cuanto entraña la idea de un poder independiente de la voluntad de los individuos y superior a esta voluntad, es muy antiguo; y nos atrevemos a afirmar que desde que un grupo de hombres se reune para vivir en sociedad, bajo las órdenes de un jefe que los manda, cualesquiera que sean el origen y la razón de su poder, existe ya un Estado, por cuanto su característica esencial es, precisamente, la diferencia entre gobernantes y gobernados.

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LEGITIMIDAD DEL PODER.—Por esto, con preferencia al problema del origen del Estado, debe estudiarse el de su legitimidad.

El poder de mandar, bajo la sanción de la compulsión, mediante el empleo de la fuerza ¿es legítimo? Siempre, todo hombre que ha razonado sobre la vida en sociedad, se ha planteado esta cuestión y nunca se ha podido dar una respuesta satisfactoria que demuestre a su conciencia que un individuo, en virtud de una cualidad suya, emanada de su propia naturaleza, tiene derecho a ejercer autoridad sobre los demás.

Los filósofos y los sociólogos han ideado muchos sistemas doctrinarios para justificar la existencia del poder, basándose en principios, ya teológicos, ya metafísicos; pero el espíritu humano nunca ha quedado satisfecho con las explicaciones por ellos dadas, y hasta ha habido mentalidades simplistas que han considerado seriamente la posibilidad de destruir el Estado, culpando a esta institución de todos los males provenientes de la vida social, y ello en vista, principalmente, de no poseer una explicación que legitime a su juicio, el poder de algunos hombres sobre otros.

En los últimos tiempos, sobre todo, la mayor extensión que ha alcanzado en todas partes la instrucción primaria, la intensidad con que los problemas derivados de la Guerra y de la Revolución han afectado a todas las capas sociales y el aumento de la cultura política general y del espíritu de crítica, facilitados por el desarrollo de las comunicaciones, han hecho perder a las masas la fé en el dogma metafísico de la soberanía popular.

Por esto y porque la existencia del Estado es ahora mucho más necesaria que antes, dada la complejidad de la vida contemporánea, sucede que, en muchas naciones, ya los gobernantes no actúan en el carácter de representantes de la Divinidad ni tampoco como mandatarios del pueblo soberano, sino simplemente, porque tienen en sus manos la mayor fuerza social.

En resumen, "el poder no puede legitimarse por la cualidad propia de aquellos que lo ejercen, esto es, por su ori-

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gen, sino tan sólo por el carácter de las cosas sobre las cuales se ejerce". (*Duguit*.—"Manual de Derecho Constitucional", página 17).

Pero esto no significa que "el individuo o el grupo mejor armado y más fuerte crea el derecho en virtud de su mismo triunfo" (*Duguit*.—"La Transformación del Estado", página 62). Unicamente implica que las personas que detentan la fuerza, están obligadas a emplear su poder en beneficio de la colectividad, cumpliendo estrictamente la tarea que les impone el hecho de la solidaridad.

LA REGLA DE DERECHO.—De aquí que se deba considerar la existencia de una regla social, fundada en el hecho de la interdependencia que une a los hombres, regla de conducta que todos están obligados a defender, porque la vida misma de la sociedad implica la realidad de una disciplina que se impone a todos por sí misma. Según los autores, esta regla social presenta cuatro caracteres principales:

1.—Es una regla de derecho; 2.—No impone al hombre más que los actos que tienen un valor social; 3.—Es un hecho, no un ideal, y 4.—No funda ni puede fundar verdaderos derechos, ni en beneficio del individuo, ni en el de la sociedad.

Se dice que es una regla de derecho, porque "no se aplica más que a las manifestaciones exteriores de la voluntad humana", y se diferencia de las reglas de orden moral en que no rige la vida interior.

La segunda característica está basada sobre "el efecto social que es susceptible de producir tal o cual acto individual"; de manera que, de acuerdo con ella, se entra a apreciar la acción de los gobernantes y la de los gobernados con un criterio pragmatista, teniendo siempre en vista la idea del interés colectivo.

En nada se parece la regla social a la concepción ideal del Derecho Natural, absoluta, inmutable, que se ofrecía a los hombres como un modelo conforme al cual debían arreglar su conducta; ella constituye un hecho, completamente relativo, ya que cambia y se transforma constantemente, de acuerdo con las condiciones del momento.

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La regla social sólo permite que los gobernantes estén en condiciones de sancionar su violación y que todos puedan cumplir con libertad los deberes que se derivan de su existencia. Una doctrina idéntica habían afirmado los positivistas, al decir que no existían más derechos (subjetivos) que las facultades de cada cual para poder cumplir las obligaciones emanadas de la organización misma de la vida en sociedad.

"Implica la regla social para todos un cierto estado que de la misma se deriva, y que podríamos calificar de situación *objetiva*, para oponerla al *derecho subjetivo* que se niega. Así nadie tiene en el mundo social otro poder que el de realizar la tarea que le impone la regla social o, si se quiere, que le impone la situación que tiene en el sistema de interdependencia que une a los miembros de un mismo grupo social. (*Duguit*.—"La Transformación del Estado", pág. 67).

DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO.—Duguit ha definido el derecho subjetivo como el poder reconocido en una persona, para imponerse como tal a otras, sea cual fuere, por lo demás, la persona considerada, individual o colectiva. Esencialmente, el derecho subjetivo es un poder de voluntad y su reconocimiento implica la existencia de ciertas voluntades que en sí son de un carácter especial y, desde luego, superiores a otras voluntades, lo que es anticientífico. Tal noción de derecho subjetivo es, pues, puramente metafísica.

De la facultad que tienen ciertos individuos de imponer su voluntad a los demás, debido simplemente al hecho de la mayor fuerza que poseen, se han hecho dos derechos subjetivos: el *Imperium*, que es el nombre que toma el derecho cuando el poder pertenece a la colectividad, y el *Dominium*, denominación que adquiere el mismo cuando su sujeto activo es un particular.

Así concebido el derecho, no es más que un mandato de la soberanía. El Código Civil chileno dice que "la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohibe o permite". El jurisconsulto Sidgwick sostiene ("Elementos de

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Politica") que "toda ley positiva de un Estado es un mandato general para hacer ciertos actos o abstenerse de ellos, que dirige directa o indirectamente el Soberano del Estado a una persona o personas sujetas a su autoridad; y es el Soberano aquella persona determinada, o cuerpo de personas combinadas de cierto modo, a quien obedece habitualmente la masa de los miembros del Estado, siempre que aquella persona o cuerpo de personas no obedezca habitualmente a ninguna otra u otro".

Leyendo estas definiciones, se explica cómo es de importante para los juristas averiguar dónde reside, en último término la Soberanía, sin advertir que la cuestión del poder supremo no es un problema jurídico, sino un hecho histórico: manda el que tiene de hecho la mayor fuerza social en sus manos.

Pero, a pesar de sus esfuerzos, los juristas no han podido resolver el problema de la residencia de la Soberania y la doctrina del Estado popular representativo está siendo sometida cada dia a una crítica más rigurosa. En esta situación, algunos autores alemanes (Gierke, Jellinek), han ideado la teoria Orgánica, en virtud de la cual sostienen que el Estado es una persona corporativa e indivisible, y el único poseedor titular del poder público, en tal forma que los gobernantes, los funcionarios, el Parlamento, etc., no hacen sino expresar la voluntad del Estado. Vemos que los juristas alemanes parten del mismo concepto metafísico a que ya hemos hecho referencia y, en vez de tratar de averiguar en qué consiste el derecho, se enredan en la búsqueda de su titular, dejándonos en la duda de no saber si la Soberania está en el Estado o en sus órganos directivos.

No obstante su falsedad, la noción del derecho subjetivo, en sus dos aspectos de Imperium y de Dominium, ha llegado hasta nosotros, debido a la estructura genial que le dieron los romanos y al maravilloso trabajo de reconstrucción de los legistas de la Monarquía francesa, obra que fué perfeccionada todavía durante la Gran Revolución y bajo el Imperio de Napoleón.

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero Duguit se ha encargado de demostrar la inexistencia del *Poder Público* concebido como derecho subjetivo, y los últimos acontecimientos mundiales, han destruido para siempre el concepto clásico del *Dominio* privado, abriéndose paso en forma triunfal la noción de la función social de la propiedad.

El sabio autor mencionado sostiene que, para justificar el poder de mando, no se han encontrado más que dos explicaciones: el Derecho Divino y la Soberanía Popular.

La primera es una arbitrariedad teológica que no interesa entrar a considerar.

Buscando "una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y que por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes", Rousseau llegó a concebir la idea del Contrato Social.— (obra indicada, página 25).

Ahora, si se suprime de dicho contrato, todo lo que no es esencial, se tiene que "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros concebimos, además, a cada miembro como parte indivisible del todo".

Rousseau agrega que este acto produce inmediatamente un cuerpo moral y colectivo, que tiene una unidad, un yo común, vida y voluntad. Esta entidad así imaginada es el Estado, el Soberano, el Poder.

Vemos que se pretende justificar el hecho de la existencia de la mayor fuerza social en manos de un individuo o grupo de individuos, clase, partido o sindicato, o sea, la fuerza que gobierna, suponiendo que obra por mandato de una *voluntad colectiva*, es decir, otorgándole partida de nacimiento a una entidad enteramente ficticia, la *personalidad de la nación*.

Y por esto Posada sostiene que "la ciencia política... propende a afirmar la substantividad y personalidad del Estado, como consecuencia de reconocer la realidad de las colectividades humanas, y de considerar al Estado no como el mero conjunto de los funcionarios o como un aparato re-

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

presivo, sino como la sociedad politica organizada, como la colectividad territorial autónoma". (*Posada*.—"Teorias Politicas", página 66).

Los partidarios de la personalidad del Estado le reconocen siempre la cualidad de *sujeto de derecho*, cualquiera que sea el carácter que atribuyen a su substantividad: material, psiquica, moral y de apariencia jurídica, etc. Mas, todas sus teorías no son más que ficciones que no tienen ningún asidero en la realidad.

La verdad es que el Estado está formado por un grupo de hombres, establecido en un territorio determinado, en el cual los más fuertes, por su prestigio, por su riqueza, por su número, etc., imponen su voluntad a los más débiles.

*
* *

Se ha dicho que la más importante explicación del Poder público, concebido como el derecho subjetivo de mandar, es la teoría de la Soberanía Popular; se ha visto que ella tiene su origen en el "Contrato Social" de Rousseau, y se ha demostrado que, aceptando su bondad, hay que suponer forzosamente que los gobernantes son verdaderos mandatarios de la personalidad de la nación y ejecutores de su voluntad soberana, o sea, hay que entrar a barajar suposiciones propias de teólogos y a manejar concepciones a priori, olvidando que la politica es una ciencia cuyo estudio debe hacerse aplicando el método positivo, partiendo de la observación imparcial, objetiva de los hechos sociales y efectuando las inducciones y deducciones correspondientes con un criterio científico, alejado de todo dogmatismo.

Ahora, si la aceptación de la teoría de la Soberanía Popular nos lleva a una falacia intelectual, el análisis de la aplicación práctica de sus postulados nos conduce a una aberración moral, la cual ya está produciendo en el mundo una crisis de enormes proporciones.

Tomemos el ejemplo de la Ley, que es la más importante manifestación del Poder Público.

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Según la Constitución, las leyes pueden tener principio en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros (art. 45); deben ser discutidas y aprobadas por ambas ramas del Congreso Nacional en la forma y mediante los trámites que determina la Constitución, y por último, deben ser aprobadas y promulgadas por el Presidente de la República, pudiendo también ser vetadas por éste.

De lo anterior se desprende que, las leyes son dictadas por el Congreso Nacional con la colaboración del Presidente de la República; más bien dicho, son aprobadas mediante el consorcio de las voluntades de una mayoría del Poder Legislativo, el cual es generado por una mayoría del Poder Electoral, quien, a su vez, está formado por un número relativamente pequeño de ciudadanos, gran parte de los cuales, en el día de las elecciones, no están en condiciones de concurrir al acto electoral.

De todo esto se deduce que la llamada Soberanía Popular no reside, en el mejor de los casos, sino en una parte del Cuerpo Electoral, en tal forma que, si las elecciones fueran correctas, si no interviniera en ellas el cohecho, la presión de las autoridades, la propaganda malintencionada, los intereses bastardos de los candidatos y de los electores, etc., y asi la mayoria de los que concurren al acto del sufragio no estuviera constituida de ignorantes sino de personas que saben lo que quieren, con una conciencia clara de sus responsabilidades cívicas, todavía así, no se podría hablar de representación genuina de la voluntad popular y de otras cosas por el estilo. A lo sumo, en el caso de un país de instituciones avanzadas, de conciencia cívica desarrollada, de mucha cultura política, en el cual el resultado de las urnas fuera unánimemente acatado, se podría decir que la Soberanía residía en el Poder Electoral. Y esto último, hablando honradamente, no significa otra cosa que la mayor fuerza social estaría en manos de las personas designadas por el Poder Electoral y que ellas, en sí y por sí mismas, constituirían el Poder Público.

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, los teorizantes del dogma de la Soberanía Popular, siguen perturbando el criterio público con la propaganda de sus sofismas insinceros; los pueblos siguen creyendo que los vagos e imprecisos sueños de reforma que flotan en las conciencias incultas de las mayorías, deben servir de orientación a los estadistas contemporáneos en la resolución de los complejos problemas que les corresponde afrontar. Ahora, como no es posible satisfacer todos esos obscuros anhelos sin formas definidas, las muchedumbres se sienten cada vez más defraudadas y se proponen, con todo el corazón, intervenir algún dia violentamente para vaciar la vida en los hermosos moldes construidos con tanto ingenio por los juristas metafísicos de nuestra referencia.

Por esto, si bien es cierto que es menester asegurar a todos la facultad de participar en la confección de la Ley, no es verdad que la fuerza del número crea el derecho subjetivo. ¿Está entonces en crisis la Democracia? Entendemos, que en este sentido, no lo está, por cuanto la Democracia no es el poder del número; la democracia es y debe ser siempre el imperio de la razón.

La doctrina del *Derecho Objetivo* es la llamada en la actualidad a desempeñar el papel que hasta ahora correspondió a las concepciones jurídicas basadas en la existencia de derechos subjetivos. La sociedad en el futuro estará fundamentada en el principio de que "Sin función no hay derecho". Las colectividades del porvenir se organizarán todas, más o menos, sobre bases sindicalistas, funcionalistas o gremiales. Los conceptos de Imperium y de Dominium dejarán de ser los pilares de la organización de la vida legal del período que se inicia en nuestro tiempo.

Aceptada la nueva concepción del derecho, en cuya virtud se dice que los hombres viven bajo el imperio de una regla de conducta basada en la interdependencia que los une, pierde su interés la vieja cuestión de saber si la soberanía está en los órganos o en el Estado o si corresponde a los gobernantes o a los gobernados.

Ya hemos dicho que nadie tiene el derecho (subjetivo) de imponer una ley. La regla social existe por si misma y

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

es obligatoria. Sin ella o suprimiendo su carácter de obligatoriedad, no sería posible concebir una sociedad organizada, la cual constituye en sí misma una disciplina. (Ramiro de Maetzu. "La Crisis del Humanismo", página 272).

Los hombres que mandan lo hacen simplemente porque tienen más poder o porque la Ley les confía una cierta misión (hecho jurídico).

La propiedad pasa a ser una función social de la más alta importancia.

Ya no es necesario creer en una substancia soberana, como la personalidad del Estado ni es la existencia de una voluntad colectiva.

Los derechos absolutos de ejercitar el poder o de disponer arbitrariamente de cierta cantidad de riqueza, el imperium y el dominium romanos, desaparecen en absoluto.

Ocupa el lugar que dejan los antiguos derechos subjetivos una noción más científica en el mundo jurídico; la regla de derecho que nace del hecho mismo de la solidaridad humana y que se impone a todos, gobernantes y gobernados, con fuerza obligatoria.

No se nos escapa que la regla de derecho no será acatada sino cuando los gobernantes se sometan al orden jurídico que ella implica. Los poderes arbitrarios quedan fuera de toda ordenación, cualquiera que sea el sistema legal sobre que reposa la vida social. Si un déspota suprime un día la libertad de expresión del pensamiento, por ejemplo, dicho hecho antisocial, contrario al derecho objetivo, rompe la situación de equilibrio y normalidad que supone la existencia de la regla de derecho, como perturbaría la paz pública, cualquiera que fuera el fundamento legal y filosófico de las instituciones del país afectado por tan grande arbitrariedad. Pero vemos que el supuesto no es un caso de orden jurídico, sino una violencia que significa escasez de cultura política y poca madurez de la mentalidad nacional para el ejercicio del gobierno propio.

Otro factor que influirá en la comprensión del nuevo fundamento del derecho, será la organización de la sociedad, a base de la consolidación del Sindicalismo, es decir, la es-

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tructuración de todos los grupos sociales, de modo que ninguno de ellos ocupe una situación preponderante sobre los demás. A este respecto, Duguit ha dicho: "el poder de los gobiernos tendrá que disminuir de día en día, y reducirse, al fin, al mero poder de vigilancia e intervención; porque todas las funciones económicas se van distribuyendo gradualmente entre las diversas clases sociales, que adquieren, por el desarrollo del Sindicalismo, una estructura jurídica definida".

Haciendo la crítica del párrafo citado, Ramiro de Maetzu ha escrito con una claridad que le honra: "Así la teoría objetiva del derecho llega a ser la *base jurídica* de una sociedad sindicalista, funcionarista o gremial. Y por otra parte, el desarrollo del movimiento sindicalista, funcionarista o gremial, forma la base histórica que convierte en realidad la doctrina objetiva del derecho. En este sistema no hay círculo vicioso. Una concepción objetiva del derecho nos lleva a no creer en la legitimidad de otros derechos que los anexos a la función que los hombres ejecutan". (Maetzu. Obra citada. Página 277).

LA PRIMACIA DE LAS COSAS.—Individualistas y socialistas discuten, desde hace muchos años, acerca de si el individuo lo debe sacrificar todo en aras del Estado o si el Estado no es más que un instrumento para hacer la felicidad del individuo, y según sea la escala de valores que cada cual posee, es la opinión que tiene sobre el particular. Pero si el Estado lo absorbe todo, hay tiranía, y si el individuo puede actuar sin freno hasta donde su instinto o su interés lo lleve, se vive en la anarquía. ¿Cómo conciliar ambas situaciones?

Si los socialistas forman un gobierno y tratan de realizar sus doctrinas desde el poder, en la medida en que les sea posible, de acuerdo con las condiciones del momento y los medios con que cuenten, sus adversarios les saldrán seguramente al paso y harán lo posible por perturbar su administración; por el contrario, si los liberales dirigen el Estado, actuando con la mayor prudencia en el sentido que esti-

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

man más conveniente para el interés de todos, tendrán que contar con la crítica más apasionada de sus enemigos políticos, cuya fiscalización no será siempre todo lo severa y justa que fuera de desear. ¿Cómo concebir un gobierno sin estos inconvenientes?

Estas cuestiones no tienen solución, de acuerdo con el criterio, con que siempre se ha tratado de resolverlas; pero, si consideramos que *"cada asociación es una asociación en una cosa y de que esta cosa ha de tener la primacía en cuantas dispustas surjan acerca del funcionamiento de la asociación"*, todo resulta fácil de resolver, inteligible, claro.

Para ello, hay que afirmar "la esencialidad de las cosas comunes en las sociedades humanas". La solidaridad de que habla Duguit como fundamento de la regla de derecho, sólo existe en cosas.

Como la política es cada vez más una ciencia y como casi toda ella consiste en administración de intereses comunes, dirección de servicios públicos, resolución de problemas técnicos, resulta que, en la mayoría de los asuntos que le toca considerar, el gobernante debe actuar, no con criterio político, sino como un hombre de ciencias o de negocios, asesorándose de consejeros especializados en alguna rama de los conocimientos o del arte humano.

Si para juzgar a un ingeniero que está a cargo de los servicios de vialidad de un país, se le pregunta primero por su color político para entrar luego a calificar su gestión en la administración pública, es difícil que sus conciudadanos estén todos de acuerdo en apoyarlo o quitarle la confianza que necesita para desempeñar sus funciones. Pero, en cambio, si en vez de averiguar sus opiniones, se principia por considerar su obra, el resultado de su acción como administrador de los intereses generales, entonces será fácil que la opinión, guiada e ilustrada en este caso por los técnicos, pronuncie un veredicto justiciero.

Esta es la importancia que tiene la nueva manera de concebir la política de una nación. Para comprender bien esto, hay que tomar en cuenta que los hombres no se asocian directamente con otros hombres, sino en cosas o para per-

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

seguir la realización de cosas. Estas cosas pueden ser obras materiales de adelanto, de beneficencia, de fomento, etc., y pueden también serlo valores absolutos, como el amor, la verdad, la justicia, etc. En este último sentido, se puede advertir que la política es capaz de adquirir una nobleza y una elevación tan grandes como jamás la concibieran los mejores idealistas del pasado.

Maetzu ha escrito: "Los derechos no surgen de la personalidad. *Los derechos surgen de la relación de los asociados con la cosa en que se asocian*, como la circunferencia surge de la relación de sus puntos con el centro". (Maetzu. Obra citada, página 317).

De aquí se deduce que las leyes deben estar fundadas en la relación de los asociados con la cosa en que se asocian o en la relación de las sociedades con los valores supremos, para cuya realización éstas se constituyeron; o sea, los derechos existen en función de las cosas. En esta forma no se pueden concebir los derechos subjetivos, del gobernante o del gobernado, de los cuales, ya nos hemos ocupado y cuya existencia negamos. A la sociedad no le interesa saber quién es el dueño de una porción de riqueza determinada; a ella le interesa solamente que dicha riqueza esté bien administrada, que produzca el máximo de rendimiento con el mínimo de esfuerzo y en buenas condiciones para todos. A la sociedad no le interesa tampoco saber quien la gobierna, sino sentirse bien gobernada.

Por esto, teniendo en cuenta este sabio principio de la primacía de las cosas, debe considerarse la propiedad como una *función social:* otorgarse poderes únicamente en virtud de funciones, y proveerse las funciones sólo de acuerdo con las capacidades. (Maetzu. Obra citada, página 318).

Realizando este ideario, nos acercaríamos muchísimo a la organización de una democracia casi perfecta; le franquearíamos las puertas del éxito a las personalidades de una conciencia social más desarrollada, a los hombres más inteligentes, a los caracteres más fuertes y mejor dotados; triunfaría el mérito y la virtud sobre la ambición, la herencia y los intereses creados; ocuparían los más altos puestos los ele-

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mentos más útiles a la sociedad, los mejor preparados para el servicio social, sin distinción de clases ni partidos.

Así se conciliaría la idea de la selección con el principio de la igualdad y la Democracia llegaría a constituir, como en los libros de utopías, el gobierno de los mejores, automáticamente seleccionados en una noble competencia de voluntades y de aptitudes.

CARACTER DEL PODER PUBLICO.—Se acostumbra definir el Poder Público como el derecho subjetivo de dar órdenes incondicionadas, derecho absoluto en sus efectos y en su duración, indivisble, inalienable, e imprescriptible, cuyo titular es el Estado. Antiguamente, este derecho — así definido — perteneció al Rey. La Revolución Francesa no hizo sino cambiar la soberanía del Rey por la soberanía del pueblo. Desde entonces, la soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que establece la Constitución.

Pero la Revolución no le quitó al derecho subjetivo de mandar su carácter absoluto e ilimitado: de manera que, a pesar de las muchas precauciones que se adoptaron en todos los textos constitucionales, inspirados en la Declaración de los Derechos del Hombre, en favor de los derechos subjetivos del individuo, el Poder los ha desconocido cada vez que le ha parecido conveniente, introduciendo tales reglamentaciones para su ejercicio, que, de hecho, la libertad y hasta la vida del individuo han quedado sin garantía con respecto a los gobiernos. En efecto, la doctrina de la Soberanía Nacional ha servido para justificar todas las tiranías y todos los abusos del poder, que se han verificado en el mundo después de la Gran Revolución.

Por otra parte, ha colocado a las instituciones en una situación tan contradictoria que, si no se abandona dicha doctrina metafísica y se la reemplaza a tiempo por una concepción objetiva del derecho puede sobrevenir una catástrofe social. ¿Qué pensará un hombre cualquiera de nuestros días que, en el momento de las elecciones, se le hace ver que es dueño de una parte de la Soberanía, en forma que de su

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

voto va a depender quizás la suerte misma de la Nación, mientras en la fábrica no es sino un ser explotado por el capital?

Dejamos sólo formulada la interrogación. La verdad es que, en las sociedades contemporáneas falta ese sabio principio de la *limitación* el cual, junto con el de *jerarquía*, formaron los dos más sólidos pilares de la organización de los gremios en la Edad Media. Si la tierra misma es limitada, ¿no es lógico que la ambición de poder y de riqueza tenga un tope en el libre juego de las instituciones? La capacidad del individuo es finita; por lo tanto, su poder y su riqueza deben guardar relación con sus facultades. ¿No es un absurdo, por ejemplo, que la sociedad permita que un hombre sin la preparación necesaria administre la tierra, de la cual depende la alimentación pública, por el sólo hecho de que su padre fué un buen administrador? Por esto, los positivistas tienen mucha razón cuando afirman que el propietario ha de ser considerado como un funcionario que carece de derechos subjetivos y que únicamente tiene deberes que cumplir, misión que la Ley — inspirada en el derecho objetivo — le encomienda.

El remedio para estos males, únicamente se encuentra en la organización de las distintas clases sociales sobre la base de los sindicatos profesionales, de manera que haya *un equilibrio de poder* entre todas ellas, produciéndose así la descentralización del Estado por funciones.

Según Duguit, "está en camino de morir la forma romana, regalista, jacobina, napoleónica, que, bajo tan diversos aspectos", es una y siempre la misma forma del Estado. "Pero al propio tiempo se constituye otra forma de Estado más amplia, más flexible, más protectora, más humana..., cuyos elementos son dos: la concepción de una regla social, que se impone a todos, o *derecho objetivo* y la descentralización o el federalismo sindicalista". Duguit, "La Transformación del Estado", página 94.

Hemos estudiado los inconvenientes que tiene la antigua concepción del Estado, basada en los dos principios de

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la Soberanía Popular y de la Personalidad de la Nación, dotada de *conciencia y voluntad*.

El verdadero carácter del Estado consiste en que es una cosa de hecho. Comprendiendo esto y teniendo en cuenta la noción de la Regla de Derecho, se tienen las siguientes conclusiones:

1.—Las órdenes del poder político sólo son legítimas cuando son conformes a derecho;

2.—El empleo de la compulsión material, por el poder público, mediante la ayuda de la fuerza, sólo es legítima cuando se trata de asegurar la sanción del derecho;

3.—Los actos de los gobernantes no pueden imponerse a los gobernados sino cuando están de acuerdo con el derecho. Duguit. Manual de Derecho Constitucional, página 32).

Resumiendo su teoría sobre la construcción jurídica del Estado, Duguit dice que "se acomoda y sigue, lo más cerca posible, a los hechos. Rechazando los conceptos metafísicos de persona colectiva y de soberanía — agrega —, nuestra construcción se compondrá de seis elementos de orden puramente positivo:

1.º Una colectividad social determinada;

2.º Una diferenciación en esta colectividad entre gobernantes y gobernados, siendo gobernantes aquellos que monopolizan una mayor fuerza y constituyendo este hecho la causa de serlo;

3.º Una obligación jurídica, impuesta a los gobernantes, de asegurar la realización del derecho.

4.º La obediencia debida a toda regla general formulada por los gobernantes para promulgar o poner en ejecución la regla de derecho;

5.º El empleo legítimo de la fuerza para sancionar todos los actos conformes a derecho; y

6.º El carácter propio de todas las instituciones que tienden a asegurar el cumplimiento de la misión obligatoria de los gobernantes, o sean los servicios públicos". (Duguit. Obra citada).

Artículo: Del Estado
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Francisco Fernandois R.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

FUNCION SOCIAL DEL PODER.—La función social del Poder Público consiste, pues, en realizar el derecho, en asegurar su reinado y en emplear la fuerza en que está fundado, sólo de acuerdo con él.

Los tratadistas distinguen tres clases de funciones del Estado: la *Legislación*, la *Jurisdiccional* o judicial y la *Administrativa*.

En virtud de la primera, se formula la Regla de Derecho o Derecho Objetivo; la segunda función se refiere a la ingerencia del Estado cuando se trata de saber si se ha violado el Derecho Objetivo o cuando "se plantea una cuestión sobre la existencia o extensión de una situación —- no una contienda — de Derecho Subjetivo. (Duguit. Obra citada, página 114). La ejecución de actos jurídicos propiamente tales, por parte del Estado, constituye su función denominada administrativa.

Vemos que todos los actos del Estado son clasificados según su efecto jurídico. porque su finalidad es esencialmente de derecho.

Para los positivistas, "*el gobierno político*, que coordina el concurso general de las actividades nacionales, se basa en la fuerza material para poder imponer y sancionar los actos de los ciudadanos". Luis Lagarrigue. "Sociología", página 64. Ello no significa otra cosa que el Estado, es el realizador de la ordenación jurídica de la sociedad, basada en el hecho de la interdependencia que une a los hombres, debiendo emplear siempre la fuerza de que dispone para proteger el cumplimiento del Derecho Objetivo y sancionar su violación.

*
* *

Debemos advertir que cuando hemos empleado la palabra ESTADO, no nos hemos querido referir a la persona colectiva y soberana, de que habla la mayoría de los tratadistas, sino a los *gobernantes*, o sea, a los individuos que de hecho poseen en un país determinado la mayor fuerza social en sus manos y están, por lo tanto, en condiciones de cumplir y hacer cumplir, la *regla del Derecho*.