

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



**CRISIS DEL PRINCIPIO DE GENERALIDAD Y DEL
FORMALISMO JURÍDICO : JJ ROUSSEAU, I KANT Y LA
PERSPECTIVA TEÓRICA DEL INSTITUCIONALISMO
JURÍDICO EN MAURICE HAURIOU**

**MEMORIA PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE
DOCTOR POR**

María Cristina Pérez Sánchez

Bajo la dirección del Doctor:

José María Ordóñez Robina

Madrid, 2004

ISBN: 84-669-2488-4

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

2004

**CRISIS DEL PRINCIPIO DE GENERALIDAD Y DEL
FORMALISMO JURÍDICO. J.J. ROUSSEAU, I. KANT Y LA
PERSPECTIVA TEÓRICA DEL INSTITUCIONALISMO
JURÍDICO EN MAURICE HAURIOU.**

Tesis doctoral presentada por M^a Cristina Pérez Sánchez

Dirigida por el Dr. José M^a Ordóñez Robina

Con profundo agradecimiento a todas las personas que con su constante apoyo e inestimable ayuda hicieron posible este trabajo.

Gracias especialmente a mi director de tesis y a Juan, por mostrarme los recónditos espacios éticos donde trabajar, y existir.

ÍNDICE

CRISIS DEL PRINCIPIO DE GENERALIDAD Y DEL FORMALISMO JURÍDICO. J.J. ROUSSEAU, I. KANT Y LA PERSPECTIVA TEÓRICA DEL INSTITUCIONALISMO JURÍDICO EN MAURICE HAURIUO.

<i>ÍNDICE</i>	7
<i>I- INTRODUCCIÓN</i>	13
<i>II- EL ESTADO MODERNO Y EL ESTADO LIBERAL</i>	27
1.- EMERGENCIA, CONSOLIDACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO MODERNO	28
1.1.- PRESUPUESTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS	28
1.1.1.- CENTRALIZACIÓN DEL PODER	29
1.1.2.- PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA OBLIGACIÓN POLÍTICA.....	56
1.1.3.- IMPERSONALIZACIÓN DEL MANDO POLÍTICO.....	59
1.2.- SUPUESTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.....	72
2.- TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO ABSOLUTO. EL LIBERALISMO.....	107
2.1.- EL SUJETO POLÍTICO Y EL ESTADO	107
2.2.- UN NUEVO ORDEN ESTATAL. DE LO LEGÍTIMO A LO LEGAL.....	117
2.2.1.- EL PROCESO DE FORMALIZACIÓN DEL ESTADO.....	117
2.2.2.- EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL CLÁSICO	122
3.- TEORÍAS DEL ESTADO LIBERAL. HOBBS Y LOCKE.....	155
3.1.- INTRODUCCIÓN: EL SUJETO Y SU PROYECTO RACIONAL DE HUMANIDAD. EL CONTRATO SOCIAL	155

3.2.- HOBBS	160
3.3.- LOCKE.....	172
4.- ROUSSEAU. LA CRISIS DEL DERECHO NATURAL; SUJETO POLÍTICO Y VOLUNTAD GENERAL	185
4.1.- CRISIS DEL DERECHO NATURAL Y SUJETO POLÍTICO ...	185
4.1.1.- CULTURA Y NATURALEZA.....	190
4.1.2.- DESIGUALDAD Y NORMA	194
4.2.- EL SUJETO POLÍTICO.....	205
4.2.1.- VOLUNTAD GENERAL Y CONTRATO SOCIAL.....	212
4.3.- LA INFLUENCIA DE ROUSSEAU EN EL PENSAMIENTO KANTIANO	223
5.- KANT.....	229
5.1.- INTRODUCCIÓN.....	229
5.1.1.- EL USO PRÁCTICO DE LA RAZÓN PURA Y EL CONCEPTO DE VOLUNTAD	242
5.1.2.- LIBERTAD, LEY Y LEGALIDAD	263
5.2.- EL DERECHO	274
5.2.1.- LEY, UNIVERSALIDAD, COACCIÓN Y DERECHO	274
5.2.2.- DIVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL DERECHO	292
5.2.3.- PROPIEDAD EXTERNA <i>VERSUS</i> PROPIEDAD INTERNA: EL MODO DE TENER ALGO EXTERIOR Y EL MODO DE ADQUIRIR ALGO EXTERIOR.....	308
5.2.4.- EL DERECHO PERSONAL	325
5.3.- EL DERECHO PUBLICO	328
5.3.1.- EL DERECHO DEL ESTADO. INTRODUCCIÓN.....	328
5.3.2.- EFECTOS JURÍDICOS QUE DERIVAN DE LA NATURALEZA DE LA UNIÓN CIVIL. LA FORMA DEL ESTADO.....	335
5.3.3.- LA CONSTITUCIÓN CIVIL PERFECTA	349

A.- CONSTITUCIÓN CIVIL PERFECTA E HISTORIA	349
B.- FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN CIVIL PERFECTA	358
C.- EL PRINCIPIO TRASCENDENTAL DEL DERECHO PÚBLICO.	369
D.- CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN LIBERAL Y SU CRISIS.	372
5.4.- CONCLUSIÓN FINAL	377
 <i>III- EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA DEL INSTITUCIONALISMO JURÍDICO EN MAURICE HAURIOU</i>	
1.- LA CRISIS DEL ESTADO BURGUÉS DE DERECHO Y EL CONSTITUCIONALISMO FRANCÉS	383
1.1.- PROBLEMAS CONSTITUCIONALES	383
1.2.- LA CONSTITUCIÓN DE LA TERCERA REPÚBLICA. LAS LEYES CONSTITUCIONALES	388
2.- EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	413
2.1.- INTRODUCCIÓN	413
2.1.1.- PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	413
2.1.2.- PLANTEAMIENTO DOCTRINAL	415
2.2.- ORDEN SOCIAL, VOLUNTAD INDIVIDUAL Y JUSTICIA ..	425
2.2.1.- CONTENIDO DEL ORDEN SOCIAL.....	428
2.2.2.- FORMA DEL ORDEN SOCIAL.....	437
2.3.- EL PODER.....	444
2.3.1.- PODER E INSTITUCIÓN	446
2.3.2.- LA DOCTRINA DEL PODER: PODER Y DERECHO BAJO LA III REPÚBLICA. EL “PODER DE DERECHO”: PODER MAYORITARIO Y PODER MINORITARIO....	458
2.4.- LIBERTAD POLÍTICA Y REPRESENTACIÓN.....	477

2.4.1.- LIBERTAD POLÍTICA, ORGANIZACIÓN Y GOBIERNO REPRESENTATIVO. EL ESTADO COMO PERSONA MORAL	491
2.4.2.- LA TEORÍA DEL ÓRGANO REPRESENTATIVO.....	500
2.5.- EL ESTADO.....	505
2.5.1.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ESTADO.....	514
2.6.- PLANTEAMIENTO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	518
3.- CONCLUSIÓN	531
IV- CONCLUSIONES	557
PRIMERA: Sobre la emergencia y consolidación del Estado moderno; la concepción racional-formal o <i>legal</i> del Derecho y su evolución; la crisis del Estado moderno: Estado liberal y proceso de formalización del Estado.....	557
SEGUNDA: El constitucionalismo liberal y los límites al poder: separación de poderes y gobierno de la ley (los tipos de legalidad); la legitimación representativa del poder; individuo y contrato social: Hobbes, Locke, Rousseau y la crisis del Derecho natural	565
TERCERA: Rousseau y la doctrina de la igualdad, democracia y generalidad política; la fundamentación moral kantiana de la generalidad; Kant y la nueva fundamentación positiva de la moral autónoma: voluntad y lenguaje, la libertad como contenido de la conciencia; legalidad y legitimidad: la constitución civil perfecta; el fundamento formal de <i>moral, política y Derecho</i> : la razón práctica; el problema de la generalidad en el pensamiento liberal y su relación con la Teoría general del Derecho: el principio trascendental del Derecho público; economía, política y consenso: crisis de la concepción liberal del Derecho y del Estado como consecuencia de la ruptura de la unidad total de la sociedad	

y de las limitaciones lógico lingüísticas derivadas de la relación generalidad-abstracción; el constitucionalismo postliberal: organización, institución y Administración	577
CUARTA: Maurice Hauriou y los problemas constitucionales del postliberalismo; el poder político como fenómeno de organización corporativa y su repercusión en el principio de representación; Constitución e Institución, justicia y orden social; el Estado como personificación jurídica; los fundamentos del Derecho público: orden jurídico objetivo y <i>personificación</i> ; la concepción moral de la sociedad y su oposición al positivismo; el nuevo formalismo: supralegalidad y organización	600
<i>V- BIBLIOGRAFÍA</i>	619

I- INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente investigación versa sobre el contenido e implicaciones de la consideración jurídica acerca de las relaciones intersubjetivas consideradas fundamentalmente en su aspecto formal, y más concretamente, sobre la concepción del Derecho como *forma*. En la medida en que ello conduce a una especial consideración de la idea de *libertad* como condición a priori de toda concepción legal, enlaza directamente con el concepto liberal de la misma en su doble acepción clásica de “ausencia de límites impuestos desde el poder” y “limitación del poder”, para convertirse en objetivo a alcanzar a través de una adecuada organización del Estado, que será el Estado Liberal.

Antes de entrar a fondo en el estudio del Estado liberal se ha procedido a analizar los fundamentos del Estado Moderno a fin de arrojar luz sobre la emergencia, consolidación y crisis del Estado liberal y de su corpus doctrinal. A tal objeto, hemos procedido a

estudiar el Estado moderno desde la perspectiva de su desarrollo histórico, político, social y económico, centrando el análisis primeramente en los presupuestos teóricos e históricos de su génesis y más concretamente en el proceso de centralización del poder que lo caracteriza a partir de la superación del sistema poliárquico medieval, prestando especial atención en el plano jurídico al papel desempeñado en este apartado por la aportación de Bodino y su teoría de la soberanía, y en el plano político a la confirmación del Estado absoluto como nueva forma de organización política. En este contexto se aborda la emergencia de una nueva concepción del Derecho de carácter eminentemente legal, que se relaciona directamente con el proceso de racionalización operado a todos los niveles, así como con una nueva visión técnica del poder. En el mismo sentido se estudian las consecuencias derivadas del proceso de impersonalización del mando político que acompaña al desarrollo del Estado moderno, y su repercusión en los ámbitos administrativo y burocrático, para acabar planteando la emergencia de una nueva forma de organización política a la que denominamos Estado administrativo.

Una vez analizados los presupuestos teóricos e históricos, la investigación se centra en el estudio de los elementos socio-económicos que determinan la evolución y posterior transformación del Estado moderno, reparando fundamentalmente en la fractura Estado-Sociedad, Público-Privado, como nuevo fundamento del poder; y en la marcha hacia una nueva estructura socioeconómica de tipo mercantilista cuyo principal protagonista será la burguesía de las ciudades, que marca el origen y desarrollo del capitalismo.

Para el desarrollo de esta primera parte de la investigación se ha prestado especial atención a la obra de Max Weber.

A continuación se estudia la transformación del Estado absoluto y su evolución hacia una nueva forma de orden estatal denominada Estado burgués de Derecho. El objeto de estudio en este apartado lo constituye en primer lugar la realidad dual individuo-Estado, tomando en consideración las repercusiones que sobre la misma tendrán los procesos de racionalización de funciones y división del

trabajo, y la conformación de esa nueva organización del Estado bajo la forma de Estado-aparato. En relación con ello se analiza el fenómeno de la consolidación cultural y económica de la burguesía liberal estrechamente vinculada al principio de libertad de mercado, así como la emergencia de nuevos espacios de lo público donde el sujeto individual busca la confirmación de su validez política como miembro de la comunidad. En última instancia, se trata de indagar cómo la racionalidad individual busca proyectarse en formas sociales y políticas vinculadas al aparato del Estado.

Bajo esta contextualización, se procede al estudio de ese nuevo orden estatal nacido del proceso de formalización del Estado cuyas notas principales serán la codificación de los valores individuales y la legalidad como forma de legitimidad. Para una correcta comprensión del tema se desarrolla un análisis pormenorizado del constitucionalismo liberal clásico, haciendo hincapié en la dicotomía que se le plantea ante la necesidad de combinar, o más bien de optar, entre la propia naturaleza racional del sujeto o las formas sociales de la racionalidad, a la hora de establecer límites al poder, que es su

objetivo fundamental. Con esta perspectiva, se estudia el Estado burgués de Derecho en sus elementos característicos: primero, el principio de separación de poderes como presupuesto de las garantías constitucionales de los derechos individuales, prestando especial atención a los modelos planteados por Kant y Montesquieu; segundo: el gobierno de las leyes en sus tres acepciones históricas de Garantismo, Rechtsstaat y Rule of Law.

Una vez estudiado el Estado liberal en sus diferentes elementos constitutivos, la investigación se centra en el análisis pormenorizado de los que se consideran principales estudios al respecto, dedicando particular atención a las teorías del contrato y especialmente a las figuras de Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant.

Respecto a Hobbes, se destacan como principales aportaciones la confirmación del principio de autoridad como signo distintivo del Estado moderno y la distinción tajante entre Derecho civil y Derecho natural, haciendo notar además que con estos

planteamientos sienta las bases del pensamiento económico y social que se desarrollará en los siglos posteriores, cuyos exponentes principales serán precisamente el Estado liberal y el espíritu económico del *laissez-faire*.

De Locke, uno de los principales inspiradores de la Ilustración francesa, se estudia con particular atención su formulación de una teoría del Gobierno constitucional basado en la responsabilidad ministerial. Heredero de la idea hobbesiana de que la delegación de poder efectuada por la comunidad para la formación de gobierno, una vez realizada, priva a dicha comunidad de ese poder, Locke añadirá el carácter fiduciario de tal gobierno, dando cuerpo a la noción de Gobierno responsable.

Por su parte, de Rousseau se considera con particular interés su consideración del pueblo como cuerpo político soberano dotado de personalidad colectiva, y su concepción de la voluntad general como dotada de un contenido eminentemente político, a diferencia de Kant que hablará de la generalidad como de un concepto

fundamentalmente moral. Según Rousseau, es lo político y la política lo que moraliza, y no al revés como sostiene Kant. Por tanto, mientras este último hace descansar el fundamento de la generalidad en la moral, Rousseau lo sitúa en la dimensión política del sujeto. Podríamos decir que la corrección kantiana al concepto de generalidad rousseauiano es la primera crisis del mismo, el cual, como se explica más adelante, se verá afectado por una segunda crisis esta vez provocada por la concepción institucionalista de Maurice Hauriou. No obstante, interesa insistir en el hecho de que Kant traslada a la conciencia aquello que Rousseau había puesto en la sociedad, a saber, el principio de causación según un fin universal de la humanidad, dando paso con ello a principios tan importantes para el Derecho como el de autonomía de la ley y, por esta vía, al más puro formalismo jurídico, siempre de la mano de un concepto de libertad que, fruto de la razón práctica, anuncia el espacio de acción del sujeto para la constitución de la sociedad civil según una Constitución perfecta capaz de conciliar el principio interno de legitimidad moral y el externo de legalidad.

Se ha tratado de explicar el sistema kantiano como un sistema según el cual la libertad es un contenido de la conciencia. En este sentido, y del mismo modo que el hombre aristotélico era considerado un ser social (*zoon politikon*), el hombre kantiano es individual, es un sujeto que con su entendimiento se ve obligado a actuar en el campo de la sensibilidad, a especular con lo real, pero no así en el ámbito de la moral; por ello, con su moralidad el hombre kantiano puede hacer y ese poder hacer se subsume en el deber hacer, siendo ambos contenidos de la voluntad. Bajo este presupuesto teórico-práctico fundamental se debe abordar la investigación aquí realizada respecto al pensamiento político kantiano.

Con la atención puesta en Rousseau y su preocupación por la legitimidad del poder, en Hobbes y el interés por éste mostrado en la legitimidad del Estado, y en Locke fundamentalmente ocupado en la legitimidad del gobierno, la solución kantiana pasa por realizar la síntesis entre la legitimidad del sujeto (directamente

relacionada con la ley moral) y el poder (como coacción legítima); solución que entrará en crisis en el momento en que una nueva individualidad venga a subsumir en la organización aquella subjetividad, dando a luz una nueva concepción de la individualidad a la que podríamos denominar organizada o administrada.

Con este precedente teórico, se ha procedido a estudiar desde su contextualización histórica en la Tercera República Francesa, la obra de Maurice Hauriou, centrandó la atención en su concepto de Constitución desde la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico. Para una correcta aproximación al tema hemos partido de la profunda creencia del autor en el carácter innato de la noción de derecho en el hombre, y de su total convicción en la dimensión necesariamente individual de la misma, porque individual es el hombre por naturaleza según Hauriou. Con este presupuesto, se analiza el concepto de Justicia como expresión de una ley absoluta superior a todo derecho positivo; ahora bien, con la importante matización de que sólo a través del orden social es posible asegurar la estabilidad de las relaciones sociales y la cohesión del grupo,

dejando claro que ese orden social no puede alcanzar su objetivo si no contiene en sí mismo una cierta dosis de justicia. De este modo, se pone de manifiesto que el fin del Derecho consistirá, según Hauriou, en la progresiva realización de la justicia en el orden. Orden jurídico y orden social van a ir así unidos en su permanente evolucionar; permanente evolucionar del Derecho que se entiende forma parte del propio desarrollo del sujeto individual en la única forma que Hauriou considera posible, a saber, en la institución, y en el proceso de institucionalización del poder en el Estado en que debe consistir la democracia, cuyo fundamento se hace descansar de este modo en el consentimiento de los gobernados.

Se estudia por tanto el fundamento jurídico del Estado a partir del consentimiento consuetudinario. La institución del Estado se entiende entonces consagrada por ese consentimiento consuetudinario y sobre este fundamento van a descansar los conceptos de Constitución y Ley, teniendo en cuenta que tanto la idea formal de Constitución como la de Ley escrita son considerados como actos jurídicos que sirven para conferir

actualidad a la regulación de los elementos del Estado. En este sentido se afirmará que las Constituciones escritas hallan su precedente en la institución constitucional, y que los principios constitucionales son el resultado del consentimiento consuetudinario que les confiere auténtica legitimidad.

Se pretende poner así de manifiesto que frente a la actitud teórica kantiano-kelseniana, la cual hacía descansar la fundamentación del Estado sobre normas de origen trascendental, esta postura del fundamento consensual tiene la virtud de resultar compatible con la noción de Derecho positivo cuyas fuentes, aún siendo puramente formales, son reconducidas al consentimiento del pueblo por la Constitución, o si se quiere, a los mandatos de un poder que es él mismo consentido. En uno y otro caso el Derecho busca el fondo por medio de la forma y va del uno a la otra de manera irreversible.

En este contexto y respecto a la relación entre Estado y Derecho, se puntualiza que uno y otro constituyen sistemas separados no

obstante lo estrecho del vínculo existente entre ambos, y en este sentido se aporta la afirmación de Hauriou de que el Derecho halla su fundamento en la sociabilidad humana y no en la organización social del Estado, colocándose así en una posición abiertamente enfrentada a Carré de Malberg.

Asimismo, se han estudiado aquellos puntos de la teoría jurídica y del Estado kelseniana particularmente importantes para la investigación, y especialmente relevantes para la comprensión de la crítica que de dicha teoría hace Hauriou. En este sentido, y en cuanto a la teoría kelseniana que identifica Estado y Derecho concluyendo que el poder del Estado constituye la validez del Derecho mientras que ésta constituye la coerción de aquel, procediendo ambos de un imperativo categórico trascendente actuante sobre las conciencias en forma de normas, la crítica de Hauriou se centra en su reiterada afirmación de que Derecho no es lo mismo que Estado, y ello por la misma razón alegada anteriormente, a saber, que el Derecho no tiene su origen en la organización social del Estado sino en la sociabilidad humana. Con

esta actitud, Hauriou plantea serias dudas acerca del monismo sostenido por Kelsen apoyándose en la afirmación de que el Derecho aparece vinculado al concepto de legitimidad social y el poder del Estado al principio de soberanía política, partiendo de la base de que, en última instancia, lo social y lo político no se pueden subsumir mutuamente.

Con este esquema se ha procedido en el estudio del planteamiento teórico realizado por Hauriou respecto a cada uno de los factores constitucionales, al concepto de Constitución-Institución, y por último al Estado, teniendo en cuenta además su proyección histórica, y sin perder de vista la cuestión de fondo que en todo momento se ha intentado mantener como núcleo de la investigación, a saber, los cambios acaecidos en el modelo constitucional y sus repercusiones en el plano jurídico respecto a los conceptos de Ley y Derecho, y en los principios de representación política y separación de poderes por lo que al ámbito político se refiere.

II- EL ESTADO MODERNO Y EL ESTADO LIBERAL

Acotemos en primer lugar y de modo amplio el significado del término “Estado” como la forma de ordenamiento político que se da en Europa a partir del siglo XIII hasta el XIX, para abordar a continuación la evolución experimentada por esta figura. Comenzaremos explicando brevemente cómo aparece, se desarrolla y eclipsa el Estado moderno en la Europa cristiana, para enlazar posteriormente la exposición con la caracterización y crisis del Estado liberal¹.

¹ Sobre este tema existe una amplísima bibliografía de entre la que podemos destacar las siguientes obras : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol., Paris, Sirey, 1920-1922, hay traducción española de José Lion Depetre, *Teoría general del Estado*, prefacio de Héctor Gros Espiell, México, Fondo de Cultura Económica, 1998; E. CASSIRER, *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, 1946, hay trad. española de Eduardo Nicol, *El Mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, 1ª ed., 5ª reimp.; H. HÉLLER, *Teoría del Estado*, prólogo de Gerhart Niemeyer, trad. española de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, 1ª ed., 13ª reimp.; H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. española de la segunda edición alemana por E. García Maynez, México, UNAM, 1995, 2ª ed.; ID., *Teoría general del Estado*, trad.

1.- EMERGENCIA, CONSOLIDACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO MODERNO

1.1.- PRESUPUESTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS

Podemos definir el Estado moderno como la forma de organización del poder (o forma de organización política o forma de ordenamiento político) que de un modo más o menos general se da en Europa a partir del s. XVI, tomando como fundamento los siguientes presupuestos:

española de L. Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, 15ª ed.; *ID.*, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, estudio preliminar y trad. española de J. A. García Amado, Madrid, Tecnos 1997; A. WEBER, *La crisis de la idea moderna de Estado en Europa*, trad. española de J. Pérez Vences, Madrid, Revista de Occidente, 1932; G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, trad. española de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. México, Fondo de Cultura Económica, 2000; F. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en Europe: depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la révolution française*, Paris, Didier et cie., 1856; *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, bajo la dirección de P. DE VEGA y R. MORODO, México, UNAM, 2001.

1. Progresiva *centralización del poder* en una única instancia amplia que abarca todas las relaciones políticas, o dicho en otros términos, unidad del mandato.

2. Afirmación del *principio de territorialidad de la obligación política*, es decir, territorialidad del mandato.

3. Progresiva *impersonalización del mando político*.

Veamos el contenido y evolución de cada uno de estos elementos.

1.1.1.- CENTRALIZACIÓN DEL PODER

El término “centralización” en su acepción histórico-institucional hace referencia a aspectos funcionales y organizativos, pero su significado politológico pone de manifiesto una evidencia

política que ha sido señalada por Max Weber, consistente en el monopolio de la fuerza legítima².

En uno y otro sentido el término alude al proceso de superación del sistema de poder policéntrico y complejo que fundado en las libertades feudales caracterizó al medievo, en beneficio de la concentración del mismo en una instancia unitaria y exclusiva. Así, frente a la división plural del poder político propia de la Edad Media, se acabará imponiendo el monismo de poder característico del Estado moderno, y es que, prácticamente todas las funciones que éste va a reclamar para sí encontrábase entonces repartidas entre los más diversos depositarios: Iglesia, nobleza, caballeros, ciudades y otros estamentos privilegiados. Este fenómeno de dispersión del poder hallaba su origen en figuras como el *enfeudamiento* o la *concesión de inmunidades*, que habían

² Ver M. WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*, edición preparada por J. Winckelmann, traducción española de J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. Imáz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, nota preliminar de J. Medina Echevarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp.1047 y ss.

conducido al poder central a perder paulatinamente todos sus derechos de superioridad al ser éstos trasladados a aquellas otras instancias de carácter más o menos privado. Al soberano monárquico no le quedaban finalmente sino unos cuantos derechos inmediatos de dominación, teniendo en cuenta que al haber hipotecado sus parcelas de poder no podía en adelante prescindir de los servicios de los poderes locales, los cuales, sobradamente autónomos, habían adquirido autoridad sobre los habitantes de sus territorios en detrimento de la autoridad inmediata del poder central. Incluso la jurisdicción, hoy en día considerada quizás como la función más privativa del poder estatal, había pasado en gran medida a manos privadas³.

³ Para el estudio del pensamiento medieval resulta clave la obra de OTTO VON GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, introducción de F. W. Maitland, trad. española de Julio Irazusta, Buenos Aires, Ed. Huemul, 1963. Son particularmente interesantes las aportaciones de Gierke respecto a la “teoría organicista” y acerca del concepto de “corporación” como elemento básico del orden medieval.

Entre otros materiales bibliográficos que se ocupan del Estado en la Edad Media, cabe señalar: H. MITTEIS, *Le Strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, trad. italiana di Liliana Mencarelli Fichte, Brescia, Ed.

Citando a Hermann Héller, quien a su vez recoge las palabras de Hartmann: “Los reinos y territorios de la Edad Media eran, tanto en lo interior como en lo exterior, unidades de poder político, por decirlo así, sólo intermitentemente e incluso, durante siglos, sólo excepcionalmente. El “Estado” de entonces no podía mantener su ordenación de modo ininterrumpido, sino sólo temporalmente, interviniendo de vez en cuando para eliminar la perturbación del orden estatal que se deseaba mantener”⁴.

La superación de este fenómeno de dispersión del poder, de un poder que además, como señala Héller, no podía sino actuar de

Morcelliana, 1962; H. A. ROMMEN, *El Estado en el pensamiento católico*, trad. española de E. Tierno Galván, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956; M. SENELLART, *Les arts de gouverner: du “regimen” medieval au concept de gouvernement*, Paris, Editions du Soleil, 1995; C. E. MENA SEGARRA, *El Estado en la Edad Media*, Montevideo, Kapelusz, 1974; J. HEERS, *Les partis et la vie politique dans l’Occident medieval*, Paris, Presses Universitaires, 1981; M. PACAUT, *Les structures politiques de l’Occident medieval*, Paris, Armand Colin, 1969; W. ULLMANN, *Principles of government and politics in the Middle Ages*, London, Methuen, 1961.

⁴ H. HELLER, *Tª del Estado*, op. cit., pg. 142.

manera intermitente, se opera, entre otras cosas, como consecuencia de la ruptura de la unidad político-religiosa y del desmantelamiento de la forma de organización política que se conoce como Iglesia-estado medieval. El resultado, como hemos indicado, será la concentración del poder en una instancia unitaria y centralizada a la que denominamos Estado moderno.

Veamos con más detalle cómo acontece esta transformación, comenzando para ello por precisar el significado de esa unidad político-religiosa que caracteriza a la Iglesia-estado medieval a la que acabamos de aludir:

Consistía ésta principalmente en la no existencia de un *corpus* o estrato social que constituyese el “Estado” propiamente dicho, junto al que apareciera de manera independiente otro distinto que constituyese la Iglesia; antes bien, se entendía que todos los hombres participaban de ambos cuerpos y que existía solamente una única sociedad cristiana en la que estaba incluido el mundo entero, tal como había enseñado San Agustín en su “Ciudad de

Dios”⁵. Al menos así se pensaba en el siglo XI. Pues bien, esta sociedad cristiana tenía bajo Dios dos cabezas: el Papa y el emperador; dos principios de autoridad: el gobierno espiritual de los sacerdotes y el temporal de los reyes, y dos jerarquías de magistrados; pero no existía división en dos cuerpos o sociedades, por el contrario, se entendía que entre ambos órdenes, el del clero y el de los magistrados civiles, debía reinar un espíritu de mutua ayuda, respetando cada uno los derechos ordenados por Dios para el otro (teoría tradicional gelasiana de las dos espadas). Dentro de esa unidad Iglesia-estado, cualquier controversia entre ambas jerarquías era vista como un mero conflicto de competencias, es decir, como una simple disputa entre dos grupos de funcionarios investidos ambos de autoridad originaria, en la que cada uno de ellos pretendiese estar actuando dentro de los límites de su propia autoridad. Visto así, era lógico que se reconociera la existencia de

⁵ SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, introducción de F. J. Fortuny, trad. del latín de J. C. Díaz de Beyral, Orbis, Barcelona, 1985.

Una obra de referencia fundamental sobre San Agustín es la escrita por E. GILSON, *Introduction a l'étude de Saint Agustín*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1969.

dos esferas de autoridad claramente diferenciadas operando dentro del mismo *corpus* social, sin que ello supusiera ni mucho menos el rechazo de todo contacto entre ambas a la hora de ejercer cada una sus respectivas potestades. Se consideraba, por el contrario, que cada una de las jerarquías de magistrados debía ayudar a la otra en el ejercicio de sus funciones. No obstante, esta manera de entender las cosas condujo en la práctica a un efectivo control del emperador sobre el papado, de modo que aquél consideraba como súbditos tanto a los laicos como a los clérigos y asumía plena responsabilidad por el gobierno de la Iglesia⁶.

⁶ Para un estudio más detallado sobre la Historia de la Iglesia y el Derecho Canónico, se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: J GAUDEMET, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Ed. Montchrestien, París, 1994; Y. CONGAR, *L'Église. De S. Agustín à l'époque moderne*, Les éditions du Cerf, París, 1970; *Théologie et droit dans la science politique de l'État Moderne*, Collection de l'école Française de Rome – 147, École Française de Rome, 1991; *Chiesa e Stato attraverso i secoli*, Documenti raccolti e commentati da Sydney Z. Ehler e John B. Morrall, introduzione di Giovanni Soranzo, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1958; J. BERNHARD, Ch. LEFEBVRE, F. RAPP, *L'époque de la Réforme et du Concile de Trente*, Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, Tome XIV, Édition Cujas 1990, París, 1989.

A ello debemos añadir un dato importante de carácter socioeconómico que, aunque será analizado en profundidad en otro apartado, conviene adelantar ahora: se trata del hecho de que los eclesiásticos eran grandes terratenientes, y de que una buena parte de sus tierras habían sido feudalizadas para financiar las guerras. Esto significaba que como propietarios que eran de la tierra, los dignatarios eclesiásticos debían servicios feudales, pero a la vez tenían sus propios vasallos que les debían servicios a ellos, de tal manera que sus intereses venían a coincidir en gran medida con los de la nobleza feudal. En otros términos, los miembros del alto clero, a causa de su riqueza y posición, mostraban un marcado interés en todas las cuestiones de política secular en las que lógicamente veíanse implicados, sobre todo si tenemos en cuenta que ya no sólo por su posición sino también por su superior educación, constituían el grupo más apto para proporcionar al monarca los funcionarios superiores de su reino.

Puede observarse por tanto que las organizaciones “Iglesia” y “Estado” se encontraban y se superponían, resultando imposible en la práctica una separación radical de las dos jerarquías que pudiera fundarse en el abandono por parte del clero de las funciones políticas. Semejante situación suponía para la Iglesia una auténtica amenaza potencial a su autonomía respecto de las cuestiones espirituales, ante la cual los eclesiásticos acentuarán su sentido de independencia y su deseo de convertir la Iglesia en un poder espiritual autónomo. La Iglesia tenía que convertirse en una comunidad autónoma en la que política y administración eclesiásticas quedaran en manos de los eclesiásticos, tal como ya venía sucediendo en la congregación de monasterios sometida al abad de Cluny⁷. En esta dirección, el clero reclamaba para sí

⁷ La congregación de Cluny, fundada en el año 910, presentaba como característica especial de su organización una total independencia para la administración de sus asuntos y para la elección de sus dirigentes. Además, destaca el hecho de que a medida que se iban creando nuevos monasterios o se iban sumando otros, el abad de la primera congregación continuaba teniendo el control de esas ramas. En consecuencia, los monasterios cluniacenses eran mucho más que grupos aislados de monjes. Formaban virtualmente una orden centralizada bajo el control de un solo jefe, no sometida a otra autoridad que no

independencia de todo control secular y autoridad soberana del Papa en el gobierno eclesiástico. La semilla de la reforma estaba sembrada y con ella la de la discordia, ya que dicha reforma llevaba latentes en su seno múltiples ocasiones de conflicto entre el Papa y el emperador⁸.

fuera la del Papa. Por todo ello, hallábanse capacitados para convertirse en instrumento de difusión de la idea de reforma en la Iglesia; de una reforma que postulaba la vuelta a la estricta observancia de la Regla Benedictina en un momento de laxitud monástica generalizada y mermada moralidad del clero, marcadas fundamentalmente por una excesiva indulgencia en materias como la simonía y el concubinato, y que eran achacadas, primordialmente, a la participación de los gobernantes laicos en los asuntos espirituales.

Más datos sobre la congregación de Cluny pueden encontrarse en: J. EVANS, *Monastic life at Cluny: 910 – 1157*, Archon Books, 1968; M. PACAUT, *L'Ordre de Cluny: (909 – 1789)*, Fayard, París, 1986; G. DE VALOUS, *Le monachisme clunisien des origines au XVe siècle: vie interieure des monastères et organization de l'ordre*, 2 Vols., A. & J. Picard, Paris, 1970.

⁸ Baste recordar como prueba de ello el conocido episodio histórico de la “lucha por la investidura”, que en el año 1075 desató la controversia que acabaría enfrentando al Papa Gregorio VII con el emperador Enrique IV a causa de la prohibición papal a la intervención de los gobernantes seculares en la elección del alto clero o, en otros términos, la investidura de los obispos por los laicos.

No obstante, la defensa papal de la preponderancia del poder espiritual sobre el poder temporal en base a la superior importancia de las cuestiones espirituales, no tenía la pretensión, al menos por ahora, de forzar a los gobernantes seculares a que tuviesen que derivar su autoridad de la Iglesia; por el contrario, la proclamación de tal preponderancia de lo espiritual sobre lo político conduciría (en consonancia con la teoría tradicional de las dos espadas según la cual, como hemos visto anteriormente, se postulaba un espíritu de independencia y de mutua ayuda entre los órdenes civil y eclesiástico) al reconocimiento papal de la autonomía de la política.

Ello dio vía libre a los intereses temporales emergentes de las nuevas relaciones económicas y sociales que, por su parte, venían arrasando con la organización social característica de los señoríos de origen feudal: recordemos, organización estática, integrada y concentrada en las relaciones personales del señor con sus súbditos (acorde a una economía natural exclusivamente agrícola y de cambio que era la que existía en el momento), y a la vez disgregada en múltiples centros de poder.

Precisamente, esas nuevas relaciones económico-sociales tendrán en el futuro como protagonista a una incipiente burguesía que, ante la imposibilidad de desarrollarse social y económicamente dentro de esas antiguas estructuras organizativas, se muestra ansiosa de encontrar un espacio exclusivo de acción para sus intereses; un espacio tal, que ante la amenaza de eventuales conflictos sociales que pudieran obstaculizar su propia afirmación, viniera protegido por mecanismos políticos más eficaces que la mera relación personal entre el señor y el súbdito, la cual quedaba obsoleta a tales efectos.

Es sobre la base de esta necesidad de nuevos mecanismos garantes de un cierto grado de seguridad en las relaciones, que se va a producir la superación de ese sistema de poder policéntrico y complejo, propio de las señorías de origen feudal, en favor de la figura del Estado territorial centralizado y unitario, el cual, como decíamos al principio, vendrá a establecer una relación de superioridad basada en la atribución del monopolio de la fuerza (o

del poder de decisión en última instancia) que se ejercerá de la siguiente manera:

A - **En el plano jurídico**, mediante la afirmación del concepto de *soberanía* que confía al Estado el monopolio de la producción de las normas jurídicas, de tal manera que no existirá Derecho vigente por encima del Estado que pueda poner límites a su voluntad: el Estado conquista de este modo el poder de determinar por medio de las leyes la conducta de los súbditos. No obstante, es importante señalar que en este momento histórico el concepto de soberanía se define frecuentemente más bien en términos de poder que de derecho: por ahora se entiende que soberano no es tanto aquel que deriva su poder de una ley superior, sino aquel que tiene la fuerza para hacerse obedecer⁹.

⁹ Sobre el concepto de soberanía ver: F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità: studi di Diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 1957; H. KELSEN, *Das problem der Souveranität und die theorie des Völkerrechts*:

Consecuentemente, los propios derechos subjetivos se presentan como concesiones gratuitas o como expresión de una autolimitación del poder por parte del Estado, es decir, de sí mismo.

Beitrag zu einer Reinen Rechtslere, Scientia, Aalen, 1960 (reproducción facsímil de la edición de Mohr, Tübingen, 1928); F. H. HINSLEY, *El concepto de soberanía*, trad. española de F. Morera y A. Alandí. Ed. Labor, Barcelona, 1972; H. J. LASKI, *The foundations of Sovereignty and other essays*, George Allen & Unwin, London, 1931; G. BATAILLE, *Lo que entiendo por soberanía*, introducción de A. Campillo, trad. española de P. Sánchez Orozco y A. Campillo. Piados, Barcelona, 1996; H. SÉLLER, *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, traducción y estudio preliminar de M. De la Cueva, Fondo de Cultura Económica, México, 1995; *Gouvernés et Gouvernants*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Vols. XXIV, XXV, XXVI y XXVII, Éditions de la Librairie encyclopedique, Bruxelles, 1966 (se trata de un completo recorrido por las instituciones reguladoras de la relación entre gobernantes y gobernados, desde la alta edad media hasta la edad contemporánea, con aportaciones de diversos autores).

La explicación del concepto de soberanía se la debemos a J. Bodin¹⁰, cuya gran aportación como teórico del poder y del Estado absoluto, y como tratadista del Derecho, consiste precisamente en describir aquella como el poder político de la república o Estado, cuyos rasgos distintivos son de manera principal su carácter objetivo y su estructura institucional. Trátase por consiguiente de un poder político que no pertenece a las personas sino a la república, trátase en definitiva del poder absoluto del Estado. Bodino lo define en *Les six livres de la république* (1576) como *la puissance absolue et*

¹⁰ Sobre el pensamiento político de J. Bodin existe abundante material bibliográfico, entre otros: D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Cedam, Padova, 1992; J. F. SPITZ, *Bodin et la souveraineté*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998; S. GOYARD-FABRE, *Jean Bodin (1529-1596) et sa politique philosophique*, Paris, Ellipses, cop.,1999; P. MESNARD, *Jean Bodin en la historia del pensamiento*, introducción de J. A. Maravall, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

*perpétuelle d'une république*¹¹, refiriéndose así a un poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a leyes, que se va a caracterizar por las siguientes notas o *marcas* de la república como él las denomina:

- I. Es un poder **único** que como tal no admite otro igual. Es un poder, por tanto, jerárquicamente ordenado a partir de estructuras basadas en relaciones de mando. Con esta caracterización Bodino pone fin a la concepción poliárquica del estado medieval, sustentada sobre un entramado de poderes funcionalmente distribuidos en el que al rey corresponde la posición de *primus inter pares*.

¹¹ J. BODIN, *Les six livres de la République: un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*; édition e présentation de Gérard Mairet, Paris, Librairie Générale Française, cop. 1993.

II. Es **inalienable** y no está sujeto a prescripción. Esta característica o *marca* de la soberanía es consecuencia del carácter *institucional* del poder, en virtud del cual, el poder no pertenece a las personas, no se predica de sus titulares efectivos sino de las instituciones que lo encarnan. Este carácter abstracto, institucional, del poder político, impide que pueda ser objeto de patrimonialización o de apropiación por parte de sus titulares, y por tanto también de enajenación, evitando con ello que se produzca la dispersión del mismo en pequeños Estados como sucedía en la poliarquía medieval.

III. Es un poder **perpetuo** que como tal no puede concederse por un período de tiempo determinado, a diferencia de lo que sucedía, a modo de ejemplo, en la Roma republicana con la magistratura extraordinaria o de excepción llamada “dictadura comisoría”, en virtud de la cual e invocando la

máxima *salut republica lex suprema est*, cuando la existencia de la república veíase amenazada, se nombraba un dictador comisorio al que se conferían todos los poderes por un tiempo determinado (seis meses), a fin de que en ese plazo improrrogable procediera a la salvación del Estado¹². La soberanía, según la definición de Bodino que ahora nos interesa, descansa exactamente en el principio contrario, de tal modo que el poder soberano se impone al tiempo haciendo de la vigencia su principal norma.

¹² Sobre esta figura pueden encontrarse análisis detallados, entre otras, en las siguientes obras: J. IGLESIAS, *Derecho romano: historia e instituciones*, Barcelona, Ariel, 1997; P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia de Derecho romano*, Madrid, Unión Gráfica, 1978; E. GABBA, *Sociedad y política en la Roma republicana: (siglos III-I a. C.)*, Pisa, Pacini, cop., 2000; P. BONFANTE, *Storia del Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1958-1959; T. MOMMSEN, *Disegno del Diritto pubblico romano*, traduzione di P. Bonfante, a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, Celuc. cop., 1973.

IV. Es un poder **absoluto**, ilimitado, no delegado o delegado sin límites o condiciones, que no está sometido a las leyes porque el soberano es la fuente del Derecho. El soberano no puede obligarse a sí mismo ni obligar a sus sucesores, ni puede ser hecho legalmente responsable ante sus súbditos. La ley del país no es sino el mandato del soberano, en consecuencia, toda limitación al poder de mandato tiene que ser extralegal. El atributo primario de la soberanía es el poder o facultad de dar leyes a los ciudadanos sin el consentimiento de un superior, un igual o un inferior; los demás atributos serán consecuencia de la posición del soberano como jefe jurídico del estado.

Este principio de una jefatura jurídica unificada sería el signo distintivo de un verdadero Estado, así, toda república bien ordenada tendría que tener en alguna parte esa fuente indivisible de autoridad y, según dónde ésta

residiera, hablaríase de formas diferentes de gobierno, a saber: monarquía, aristocracia o democracia. Por tanto, según Bodino no existirían formas de Estado sino tan sólo formas de gobierno. El Estado sería el poder soberano indiviso y el gobierno el aparato por intermedio del cual se ejerce tal poder.

Resumiendo, la soberanía se identificaría con un derecho perpetuo humanamente ilimitado e incondicional de hacer, interpretar y ejecutar las leyes, mientras que la existencia de un tal derecho sería, según Bodino, la característica distintiva de un cuerpo político desarrollado respecto a otros grupos más primitivos.

Una última precisión muy importante debe hacerse: aunque Bodino definiera la ley como puro acto de la voluntad del soberano, no dudó nunca que éste se encontraba limitado por la ley de Dios y la de la naturaleza, lo cual conllevaba la observancia de los pactos

y el respeto a la propiedad privada. Además, contradictoriamente, admitía la existencia de una clase especial de leyes, una especie de normas constitucionales del reino basadas en antiguos usos y prácticas del mismo (como las normas relativas a la sucesión a la corona o la prohibición de enajenar parte alguna del dominio público), a las que denominaba *legi imperii*; normas que no podían ser modificadas por encarnar antiguas instituciones del reino que el soberano ni había hecho ni podía cambiar. Esta contradicción que observamos en Bodino al tratar de poner límites a lo ilimitado, puede explicarse en base a su pretensión de establecer una teoría que sirviese tanto para explicar el poder absoluto del monarca (de un monarca visible y tangible, al que resultara fácil ser leal y que viniera a poner orden en el caos del momento), como el poder constituyente y su derivación en un sistema de abstracciones jurídicas. Y es que, en última instancia, Bodino se configura como un

teórico tanto del absolutismo como del liberalismo desde el Estado.

Por raro que parezca, algo semejante ocurrirá con Hobbes quien, por su parte, aunque libera totalmente a la soberanía de esas limitaciones que Bodino (con cierta falta de lógica) le impone, abre paso paradójicamente al espíritu del liberalismo, al convertir el Estado en mero servidor de la seguridad privada tomando como fundamento para ello una particular concepción del individualismo, tal como tendremos ocasión de ver más adelante.

B - **En el plano político**, la relación de superioridad se ejercerá mediante la destrucción del pluralismo orgánico característico de la sociedad corporativa por capas. Bajo la acción del Estado se eliminarán todos los centros de autoridad que reivindican para sí funciones políticas autónomas, como las ciudades, las corporaciones, etc., de

modo que no exista ninguna mediación política entre el príncipe, depositario de una voluntad superior, y los individuos. De esta manera, la *poliarquía* (empleando el término hegeliano) característica del mundo feudal, desaparece en beneficio de un Estado absoluto como nueva forma de Estado que atrae hacia sí todo aquello que pueda significar poder de dominación, sustrayéndolo a los señores feudales. Desde este momento, todos los que sirven dentro del Estado pasan a ser súbditos (sometidos), independientemente del lugar que ocupen en la pirámide social y, consecuentemente, a partir de ahora los sujetos particulares, para resolver sus conflictos deberán acudir a la figura del “juez”, que en tanto actúa en nombre del Estado es el único capaz de imponer el cumplimiento de su voluntad.

Hemos llegado por fin a esa nueva concepción del Estado como entidad territorial centralizada y unitaria, y lo hemos hecho a través

del análisis del **proceso de racionalización** de la gestión del poder en que en definitiva consistió su génesis y posterior desarrollo.

Podemos decir a modo de conclusión y resumen, que lo que ese proceso de racionalización suponía en última instancia era una **visión técnica del poder**, de un poder que es ahora entendido como el orden externo necesario para garantizar la tranquilidad y seguridad de los súbditos, y que marca la necesidad de integrar y reunificar el poder mismo en una sola instancia (el príncipe). Acorde a este planteamiento, surge la exigencia para el Estado de actuar según criterios objetivos que respondan a la despersonalización acaecida en las relaciones con los súbditos y, por consiguiente, de que dichas relaciones (del Estado para con sus súbditos y de estos entre sí), pasen a ser reguladas por normas de carácter general y a través de nuevas **instituciones** y de **leyes**.

Por tanto, fruto de esa nueva concepción del poder como unitario (un único centro demandado), y como racional (que actúa según criterios objetivos, según normas de carácter general),

aparece lógicamente una también nueva concepción del Derecho: frente a la costumbre como principal fuente del Derecho, creada por la sociedad mediante la reiteración de comportamientos que adquirirán finalmente el carácter de obligatorios, se plantea la necesidad del Derecho legal y se abre el problema de su legitimidad. A partir de ahora y como norma general, la ley, creada por la voluntad del Estado, desbancará a la costumbre y a otras normas en la escala jerárquica de las fuentes del Derecho.

En un primer momento, ese nuevo Derecho será considerado como obra del monarca en tanto que éste es la personificación de la voluntad del Estado. Siguiendo a Bodino, la posición del soberano como jefe jurídico del Estado implicaría su autoridad sobre el Derecho consuetudinario, al que sancionaría al permitir su existencia. La ley podría entonces modificar la costumbre, pero la costumbre no podría modificar la ley.

Tenemos en definitiva un Estado racional que se apoya en un Derecho también racional y que va a precisar para su

funcionamiento de un aparato técnico de gestores o *funcionarios*, es decir, de una burocracia especializada que tendremos ocasión de estudiar con detenimiento más adelante, pero cuya necesidad para el Estado moderno nos interesa poner ahora de manifiesto a fin de comprender el por qué, o al menos uno de los por qué, del inicio de la nueva concepción racional-formal del Derecho:

El Derecho racional del Estado moderno en Occidente que, como acabamos de decir, necesita para funcionar de una burocracia profesional, es el resultado de la recepción del Derecho romano en su aspecto formal y de su influencia en la orientación formalista del pensamiento jurídico y en la estructura del Derecho mismo. Como señala Weber, “la burocracia bizantina de la época de Justiniano había ordenado un Derecho racional en interés de los funcionarios, que deseaban poseer un Derecho sistematizado, perfectamente establecido y, por consiguiente, más fácil de aprender. Con la decadencia del Imperio romano de Occidente el Derecho cayó en manos de los notarios italianos. Éstos, y subsidiariamente las Universidades, tuvieron gran empeño en resucitar el Derecho

romano. Los notarios revivieron las viejas fórmulas contractuales del Imperio romano, adaptándolas a las necesidades de la época; a base de esta experiencia se formó en las Universidades una teoría jurídica sistematizada. Lo decisivo en la evolución es, sin embargo, la *racionalización del proceso*”¹³.

Por consiguiente, la recepción del Derecho romano presenta como principal aportación la creación de un pensamiento jurídico-formal que orientará la estructura del Derecho conforme a principios jurídicos formales, tal como será demandado por esa burocracia especializada que se constituirá en elemento decisivo del Estado. Como dice Weber: “El Derecho romano fue, en este caso (como en todos los demás), el medio de aplastar el derecho material, en beneficio del formal (...). Occidente dispuso de un Derecho formalmente desarrollado, producto del genio romano, y los funcionarios, formados conforme al espíritu de este Derecho,

¹³ M. WEBER, *Historia económica general*, traducción española y prefacio de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pg. 286.

eran, como técnicos de la administración, superiores a todos los demás”¹⁴.

1.1.2.- PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA OBLIGACIÓN POLÍTICA

En relación con lo anterior y concretamente con la necesidad de nuevos mecanismos garantes de la paz social, hemos visto cómo

¹⁴ M. WEBER, *Historia económica general*, op. cit., pp. 288, 289.

De esta cuestión se ocupa también WEBER en *Economía y Sociedad*, op. cit., pp. 596 y ss.

Sobre la recepción del Derecho romano se pueden consultar además, entre otras, las siguientes obras: F. WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, Granada, Comares, D.L., 1998; F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, traducción española de J. Mesía y M. Poley, prólogo de M. Durán y Bas, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1940; R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española y notas por E. Príncipe y Satorres, estudio preliminar de J. L. Monereo, Granada, Comares, 1998; J. IGLESIAS, *Espíritu del derecho romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, D.L., 1991; V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, traducción española de F. de Pelsmaecker e Iváñez, Madrid, Reus, D.L., 1994; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano y recepción del Derecho romano en Europa, España e Iberoamerica*, Madrid, Civitas, 2002.

sobre los diferentes señoríos de que se componía el territorio del Estado, va surgiendo un momento sintético de decisión y gobierno representado por el príncipe, que es ahora, por así decirlo, el señor territorial. A la vez, el aparato burocrático del Estado moderno, rígidamente disciplinado y controlado, se coloca por encima de los territorios administrados a la manera feudal.

Hemos visto también que ello trae consigo la aparición de nuevos contenidos políticos y cómo frente al personalismo de las relaciones señoriales emerge la soberanía del príncipe cargada de significado político. Pues bien, ambos fenómenos constituyen lo que algunos autores han denominado el paso del Estado por asociaciones personales al Estado territorial, Estado éste, que recibe ahora reconocimiento y disciplina institucional y cuya ordenación deviene susceptible de ser impuesta con validez no sólo a sus miembros, sino también a aquellas otras personas que no gozando de esta condición, mantienen con el mismo una relación territorial basada en concretas circunstancias de hecho que pueden ser desde el nacimiento hasta la mera presencia en el territorio. Y es que el

Estado es unidad de territorio debido al hecho de que, ya se trate de un espacio unitario, ya de espacios geográficamente separados, se “manda” de manera unitaria. El territorio se constituye en elemento permanente de la unidad estatal a la que dota de entidad más allá de los individuos y de las cambiantes formas de Estado, erigiéndose la comunidad de espacio en condición esencial de la unidad estatal. Ahora bien, resultaría erróneo sustancializar el concepto de frontera política, tanto como convertirla en una mera ficción jurídica. “La frontera, como línea de separación, corresponde al ideal jurídico de evidencia y precisión que reclaman una más densa población y el Estado monocrático de la Edad Moderna¹⁵.”

Hablamos por tanto de “validez territorial” del ordenamiento estatal y caracterizamos formalmente al Estado moderno como orden jurídico y administrativo, cuya pretensión de validez, garantizada por la fuerza, abarca toda acción ejecutada dentro de su ámbito territorial de influencia. Porque es característico de toda

¹⁵ H. HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit, pp.148, 160 y ss.

asociación que quiera llamarse política, el hecho de que la dominación de su cuadro administrativo y de sus ordenamientos, mantengan su pretensión de validez para un territorio determinado, y que esta pretensión esté garantizada por el monopolio legítimo de la fuerza¹⁶.

1.1.3.- IMPERSONALIZACIÓN DEL MANDO POLÍTICO

Tal como apuntábamos anteriormente, el príncipe soberano se apoyará para gobernar en un aparato administrativo eficiente y funcional a los intereses de los estratos sociales comprometidos, un cuerpo en definitiva de ayudantes técnicos montado en torno al concepto de *officium*, es decir, en torno a la profesionalización de la

¹⁶ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, op. cit., pp. 41 y ss.

Muchos autores se han ocupado del elemento territorial del Estado, así como del concepto de frontera, entre ellos: H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 246 a 258; F. RATZEL, *La géographie politique*, traducción francesa de P. Rusch, Paris, Geneve, Economica: Editions regionales européennes, 1988; W. W. WILLOUGHBY, *The fundamental concepts of public law*, New York, The Macmillan Company, 1924; K. HAUSHOFER, *De la géopolitique*, Paris, Fayard, c1986.

organización política. Sobre este presupuesto la política va a configurarse como ámbito específico de la vida social, fenómeno que, por otra parte, se desgaja históricamente del oficio del sacerdote una vez despojado éste de su carácter sacramental, carácter que la moderna burocracia recuperará para sí por la vía económica.

Resumiendo, la territorialidad del poder y la profesionalización de la organización política, junto con la centralización del poder, son los tres elementos fundamentales que marcan la génesis del Estado moderno; estos tres elementos se funden en el concepto de Estado como monopolio de la fuerza legítima dentro de un ámbito territorial determinado. Este monopolio es lo que hemos convenido en llamar *soberanía*, de tal modo que el Estado moderno sería por tanto una soberanía territorial, un orden político construido sobre una unidad territorial con una burocracia propia, que constituyéndose así como un fin en sí mismo encarnaría el poder en su totalidad, expresado y organizado como aparato.

Aparece así una estructura burocrática, basada en el carácter impersonal y objetivo de las relaciones entre el Estado y los súbditos, relaciones que ya sólo podrán ser reguladas a través de instituciones, es decir, a través de ficciones o abstracciones que operen en la vida política y jurídica por encima de las personas, tal como había afirmado Bodino. El burócrata se perfila ahora como el servidor no ya de un Señor, sino de unas instancias administrativas que son las encargadas de ejecutar la voluntad y las decisiones del Estado.

Podemos decir por tanto, que el Estado moderno se presenta como Estado administrativo, en la medida en que encontramos a disposición del príncipe un instrumento operativo nuevo: la moderna burocracia, consistente en una máquina que actúa de manera racional y eficiente en vistas a un objetivo directamente dependiente de él.

Este cuadro responde a lo que Weber, al estudiar los tipos puros de dominación legítima, dentro de su análisis de las categorías

sociológicas, denomina “*dominación legítima de carácter racional*” o “*autoridad legal*”, haciendo descansar el fundamento primario de la legitimidad en la creencia de la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad, de tal modo que lo que se obedece son “*ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia*”¹⁷.

Analícemos con detenimiento esta afirmación, llamando la atención, antes de nada, sobre el hecho de que si bien en el lenguaje común tendemos a relacionar el concepto de *dominación* con el ejercicio del poder o con la capacidad de influir sobre otros individuos, Weber, por el contrario, hace recaer el sentido de la expresión en la probabilidad de encontrar obediencia en un grupo determinado, resultando las diferentes clases o tipos de dominación,

¹⁷ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, op. cit., pg. 172.

del concreto carácter que revistan los diferentes motivos que sirvan de fundamento a la sumisión; dicho de un modo más preciso: distinguiendo las clases de dominación según sus *pretensiones típicas de legitimidad*. Afinando aún más en el sentido que Weber da a determinados conceptos de importancia capital para nuestro estudio, conviene señalar el interés que el autor muestra en dejar claros dos puntos fundamentales antes de adentrarse en el análisis pormenorizado de los tipos de dominación¹⁸. Estos dos puntos son:

1. “*Un mínimo de voluntad de obediencia, o sea de interés (externo o interno) en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad*”, y por ende, en todo tipo de dominación. Por tanto, la obediencia ha de ser voluntaria, no forzada, y sólo en la medida en que así sea podremos hablar de legitimidad, de autoridad legítima. Ahora bien, la obediencia de que venimos hablando tratase de una obediencia *formal* porque, en palabras del propio autor

¹⁸ Dichos puntos que ahora analizamos, aparecen enunciados en *Economía y Sociedad*, op. cit., pg. 170.

“*obediencia*” significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso *únicamente* en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal¹⁹.

2. *“Toda dominación sobre una pluralidad requiere de un modo normal un cuadro administrativo; es decir, la probabilidad, en que se puede confiar, de que se dará una actividad, dirigida a la ejecución de sus ordenaciones*

¹⁹ El intento weberiano de formalizar toda acción *pura* de obediencia, nos trae a la memoria aquel otro intento de mayor envergadura acometido por Kant en la formulación del imperativo categórico. Incluso la forma de expresarse de Weber al decir :“ ...la acción del que obedece transcurre *como si* el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta”, nos trae a la mente ese otro *como si* utilizado por Kant en el campo de la acción para superar el obstáculo insalvable que le plantea la *necesaria* imposibilidad de aproximarse a lo *en sí*, al “ser”. Veremos esto más adelante en el capítulo dedicado a Kant.

generales y mandatos concretos, por parte de un grupo de hombres cuya obediencia se espera”.

Hechas estas dos puntualizaciones veamos a continuación en qué consiste eso que Weber ha venido a denominar *dominación legal con administración burocrática*²⁰ :

El fundamento de la dominación legal descansa en la existencia de un orden (pactado u otorgado) *estatuído* de modo racional, un orden impersonal al que denominamos Derecho, cuya observancia se espera incluso por parte del soberano quien orienta por el mismo sus disposiciones, las cuales han de mantenerse siempre (si se pretende su obligatoriedad) dentro de la *competencia* limitada, racional y objetiva a él conferida por el mencionado orden. Recordemos que, para Weber, *competencia* significa:

²⁰ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, op. cit., pg. 173 y ss.

- ámbito de deberes y servicios objetivamente limitado en virtud de una distribución de funciones.
- atribución de los poderes necesarios para su realización.
- fijación de los medios coactivos eventualmente admisibles y el supuesto previo de su aplicación.

Según el autor, una actividad así establecida se denomina *magistratura* o *autoridad*.

Se puede decir por tanto, que la *constitución* de una asociación del tipo descrito, es decir, cuya forma de administración responda al modo de dominación legal con administración burocrática, consistirá (según el significado genérico dado por Weber al término “constitución”) en la probabilidad efectiva de que se produzca sometimiento al poder, el cual otorga (o pacta) el orden estatuido según medida, modo y

condiciones (que pueden ser, desde el ascenso de determinados grupos hasta la aprobación por cuerpos electorales); de tal modo que pueda el dirigente contar con el cuadro administrativo y con la acción de la asociación (Estado) para el caso de que trate de imponer sus ordenamientos²¹.

Es importante insistir en que la administración supone, además de dominación, cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación (Estado); y que este cuidado es ejercido por un cuadro administrativo integrado por funcionarios, tal y como corresponde al desarrollo típico de tareas por parte de asociaciones racionales ya sean éstas de tipo político, hierocrático, económico o de otra clase. Pues bien, este cuadro administrativo integrado por funcionarios presenta, en su significación de tipo ideal, una estructura de dominación típica denominada “burocracia”, a cuyo estudio dedicaremos un breve espacio a fin de captar en su justo sentido en qué consiste y

²¹ M. WEBER, *Economía y Sociedad*, op. cit., pg. 40.

cómo ejerce la dominación ese “cuadro administrativo burocrático”:

- Lo más destacable, por tratarse de un fenómeno típicamente burocrático, es la operatividad plena del principio de separación entre el cuadro administrativo y los medios de administración y producción, respecto de los cuales no sólo no van a tener la propiedad sino que además se verán sometidos a rendición de cuentas. Se da por tanto una clara y completa separación entre patrimonio público (del cargo) y patrimonio privado (hacienda individual).
- En el mismo sentido, no existe apropiación del cargo por quien lo ejerce y, en todo caso, si se contempla un derecho al mismo como ocurre en determinados supuestos (por ejemplo, en el caso de los jueces), no es en respuesta a un deseo de apropiación sino como garantía del carácter

puramente objetivo, independiente y sólo sujeto a normas, del trabajo en el cargo.

- Consecuentemente, resulta esencial para la moderna burocracia fundamentar la elección de los funcionarios en la formación y calificación profesionales, antes que en el “nombramiento”. Rige el principio de libre selección según el grado de calificación profesional (que se concreta en el “contrato administrativo de nombramiento”), frente al principio de nombramiento (por superiores, se entiende).

Conviene abundar en este último punto ya que en relación al mismo establece Weber una distinción importantísima, a saber, entre *burocracia formal* y *burocracia material*, que deja al descubierto algunas de las contradicciones que se plantean en el ejercicio de la dominación burocrática. Dice Weber que el gran instrumento de la superioridad de la administración burocrática es el saber profesional especializado, cuyo carácter

imprescindible se debe a los caracteres de la técnica y economía modernas. Pero va más allá y plantea que sin ese aparato burocrático cuyos pilares fundamentales son la disciplina y la formación profesional, cesa toda posibilidad de existencia para la sociedad, más aún, para cualquier forma moderna de asociación, lo cual vendría a apoyar la consideración de la administración burocrática como germen del Estado moderno occidental. Por otra parte, podría objetarse que allí donde rija una jerarquía de funcionarios nombrados de facto, la dominación burocrática se ejercerá en forma más pura que allí donde se dé una jerarquía de funcionarios electivos, porque la disciplina resulta más severa allí donde el funcionario depende del juicio de un superior que allí donde subordinado y superior dependen en igual forma de una elección. En este contexto hay que situar la afirmación de Weber de que, primero, los únicos “funcionarios” que no requieren calificación profesional, a saber: ministros y presidentes, son funcionarios sólo en sentido formal pero no en sentido material; y segundo, que la dominación burocrática tiene en su cima inevitablemente y por

lo menos, un elemento que no es puramente burocrático²². En definitiva, la cuestión es la siguiente: ¿quién domina el aparato burocrático existente?, y la respuesta de Weber es que finalmente, esa dominación “siempre tiene ciertas limitaciones para el no profesional, de tal modo que el consejero profesional impone las más de las veces a la larga su voluntad al ministro no profesional”²³. En lógica con este planteamiento aunque en un ámbito diferente, concretamente en el ámbito específico del ejercicio del Derecho, resultarán ilustrativas las siguientes palabras de Weber:

“La justicia de toda teocracia y de todo absolutismo tenía una orientación material, a diferencia de la burocracia, cuya orientación era formalista. Federico el Grande odiaba a los juristas porque aplicaban conforme a su criterio formal los decretos suyos inspirados en un sentido

²² M. WEBER, *Economía y Sociedad*, op. cit., pg. 177.

²³ M. WEBER, op. cit., pg. 178.

*material, y con ello servían finalidades perfectamente opuestas a las que él se proponía.”*²⁴

1.2.- SUPUESTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Una vez analizados los presupuestos en que se sustenta el proceso de emergencia y consolidación del Estado moderno, examinemos ahora desde una perspectiva más pragmática algunos de los factores de tipo económico y social subyacentes a los procesos descritos. Para ello y con la finalidad de que la exposición resulte más clara resumimos la situación en los siguientes términos:

Las fuerzas sociales tradicionales, denominadas por la doctrina capas o sectores, habían venido ocupando en la fase inicial del Estado moderno una posición de fuerza, sobre todo a nivel administrativo, como consecuencia entre otras cosas de las

²⁴ M. WEBER, *Historia económica general*, pg. 288.

necesidades financieras que acuciaban a la corona para el establecimiento de una administración eficiente y de un ejército estable; necesidades que dichas capas o sectores ayudaban a solventar y a cambio de lo cual se les reconocía como contrapartida una gran capacidad de control sobre la gestión de la recaudación, control que equivalía en la práctica a una verdadera y propia administración por su parte y que a la vez tenía su reflejo a nivel constitucional.

Pues bien, lo que sucede a continuación es que estas capas o sectores pierden esa originaria posición constitucional, viendo así eliminado su poder administrativo y con ello reducida su presencia exclusivamente a la esfera social; lo cual es resultado fundamentalmente de dos cosas, de las que la primera es consecuencia de la segunda:

- 1) El cambio radical operado en los pilares mismos de la fundamentación del poder, cambio que consiste, como ya sabemos, en la transición desde una idea del poder

basada en una estructura organizativa de las relaciones sociales en la que la separación entre lo político y lo social, Estado y sociedad, público y privado, no estaba aún del todo verificada (persistiendo por el contrario una articulación policéntrica de base predominantemente señorial o personal propiciada por los mencionados motivos financieros), a una fundamentación en la que dicha estructura organizativa de las relaciones sociales se construye sobre la delimitación clara de una esfera exclusivamente gestionada de modo político (es decir, unitaria y políticamente por el príncipe monocrático garante del Derecho o, si se quiere, dominada por el aparato estatal) y rígidamente separada de la esfera social.

- 2) El hecho de que esta delimitación de una esfera exclusivamente política había sido propiciada en gran medida por la pérdida de fuelle del motivo real de

fuerza de los sectores o capas sociales tradicionales, es decir, por su pérdida de protagonismo en el ámbito financiero, ya que el príncipe y su propio aparato administrativo habían ido haciéndose progresivamente con dicho ámbito gracias al apoyo recibido (en la lucha contra los privilegios fiscales de la nobleza, la más importante de las capas sociales en ese momento) por parte de los estratos de población más comprometidos económicamente y sobre todo por parte de la burguesía de las ciudades, preocupada principalmente ya no sólo por reivindicar una distribución equitativa de la carga fiscal, sino por conseguir que se ejerciera por parte del príncipe una política más activa de defensa, apoyo y estímulo a la actividad financiera y comercial, en consonancia con el novedoso y principalísimo papel asignado al concepto de “bienestar” como objetivo central y

premisa fundamental de las políticas económica y fiscal del Estado mercantilista²⁵.

Detengámonos un momento en el análisis de este fenómeno y de esos dos conceptos fundamentales que de él surgen, a saber, la burguesía de las ciudades y el mercantilismo:

A. La burguesía de las ciudades²⁶:

²⁵ Una visión de conjunto de este proceso de transformación social y de los factores que lo acompañan, la encontramos en la obra de J. HUIZINGA, *El otoño de la Edad Media*, traducción española de J. Gaos, Madrid, Alianza Ed., 1978. En el mismo sentido, ver: H. PIRENNE, *Historia de Europa: desde las invasiones hasta el siglo XVI*, traducción española de J. J. Domenchina, México, Fondo de Cultura Económica, 1974; G. CROSSICK, *The petite bourgeoisie in Europe 1780-1914: enterprise, family and independence*, London, Routledge, cop., 1995; P. COSTA, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. 1, Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma, Laterza, 1999.

²⁶ Existe una amplia bibliografía sobre este tema, pudiendo señalarse, entre otras, las siguientes obras: W. SOMBART, *El burgués: contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, versión española de M. P. Lorenzo, revisión de M. Paredes, Madrid, Alianza, 1993; N. ELIAS, *El proceso de la civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, traducción española de R. García Cotarelo, México, Fondo de Cultura

El concepto específicamente moderno y occidental de *burguesía* es aquel que alude a su sentido estamental, en virtud del cual se comprende bajo esta denominación, aquellas capas sociales integradas por personalidades que poseen una determinada formación académica, un nivel de vida elevado y un prestigio social: empresarios, rentistas, etc. En palabras del propio Weber, “gente acaudalada y culta, o, por lo menos, con una de esas dos características que, por un lado, le oponen a la nobleza, por otro al proletariado”²⁷. En definitiva, aquella capa social a la que los que no pertenecen a ella, ya se trate de nobles, proletarios o burócratas, consideran como “gentes de posición y cultura”.

Económica, 2001; H. PIRENNE, *Les villes du moyen âge*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971; G. MURATORE, *La città rinascimentale: tipi e modelli attraverso i trattati*, Milano, Mazzotta, 1975; L. KOFLER, *Contribución a la historia de la sociedad burguesa*, Buenos Aires, Amorrortu, imp., 1974.

²⁷ M. WEBER, op. cit., pg. 267.

Además, el burgués es siempre ciudadano de una determinada localidad, y la ciudad es el sustrato en el que germinan prácticamente todas las realizaciones de la cultura, desde la creación de partidos políticos hasta el asentamiento de determinadas religiones como el cristianismo, pasando por las diversas manifestaciones artísticas y producciones científicas. La ciudad es la sede de la administración política y religiosa y, desde el punto de vista económico, es principalmente el centro del comercio y de la industria, necesitando como tal, para su subsistencia, ser aprovisionada desde fuera con artículos de primera necesidad.

Concretamente, la ciudad occidental medieval, como unión política, adopta la forma de una federación comunal o municipal, caracterizándose por disponer de un Derecho y un Tribunal propios, así como de determinadas instituciones autónomas. El ciudadano sólo será tal en la medida en que participe en la organización judicial y en la elección de los titulares de las instituciones.

Cabe preguntarse a continuación cuál es el origen de esta ciudad específicamente occidental. Pues bien, las referencias más antiguas sobre las ciudades como uniones políticas ponen de manifiesto su carácter revolucionario, desde el momento que surgen a partir de un acto de confraternidad (“coniuratio” en la Edad Media), consistente en la hermandad armada para la mutua protección. Trátanse por tanto de agrupaciones defensivas, de la unión de aquellos que económicamente pueden actuar como militares procurándose el armamento y la instrucción necesarias, lo cual revela que la estructura del ejército descansa sobre el armamento por los propios soldados, es decir, sobre milicias. Y es que, tal como señala Weber al abordar este tema en el capítulo dedicado al origen del capitalismo moderno, en su *Historia económica general*²⁸, en Occidente el ejército armado por caudillos militares y la separación de los soldados con respecto a los medios e instrumentos de guerra, es

²⁸ M. WEBER, op. cit., pg. 272.

(análogamente a lo que ocurre con la distinción entre el obrero y los medios de producción) un producto de la edad moderna. Por consiguiente: hermandad religiosa y equipo militar procurado por el soldado mismo, son los dos elementos que han permitido el origen y existencia de la ciudad occidental.

Veamos a continuación cómo se produce el desarrollo de esa ciudad: al principio, serán los linajes caballerescos los que como participantes activos, integran por sí solos la federación municipal, mientras que el resto de la población queda obligada a prestar obediencia. El asentamiento en la ciudad resultará motivado por la posibilidad de utilizar las rentas de la tierra para empresas mercantiles. Ahora bien, el ciudadano de derecho pleno y el noble en la ciudad serán ciertamente los poseedores de tierras y de capital mercantil que viven de sus rentas, sin embargo, no intervienen de modo directo ni en su comercio ni en su industria, es decir, no participan en la explotación profesional del comercio.

El cambio fundamental al respecto se va a producir con la irrupción de la democracia y, en este punto, es importante no perder de vista que el fundamento primero de la democratización no es otro que la disciplina militar y, más concretamente, la institución de una infantería disciplinada tal como la que integraban los ejércitos gremiales en la Edad Media, que acabará imponiéndose a la lucha de tipo heroico, y cuyo origen lo encontramos en el hecho de que para atraer a las masas no caballerescas se les proporcionasen armas, con lo cual, se acababa poniendo en sus manos el poder político. Resultado: el triunfo de la democracia, de una democracia que es anunciada por la burguesía, por esa masa de burgueses que como hemos señalado no vive a la usanza caballeresca y que además, va a desplegar una férrea vigilancia sobre el noble, sobre el hombre de modales caballerescos y aptitud feudal, que se verá así despojado de la mayoría de sus derechos. En esta línea y aunque no siempre, la nobleza medieval, enfrentada a empresarios y artesanos que son sus adversarios, vendrá obligada a hacerse

inscribir en los gremios procediéndose de este modo a la paulatina “artesanización” de los linajes²⁹.

Es en el contexto de la ciudad medieval, dividida en capas gremiales que son sus elementos constitutivos, donde encontramos el precedente inmediato del moderno burgués tal como lo hemos descrito más arriba, como “gente culta y acaudalada”. Más concretamente, podemos situarlo por poner un caso en el gremio de los “arti maggiori” que comprendía a comerciantes, cambistas, joyeros, empresarios rentistas en su mayoría, juristas, médicos y boticarios, en Florencia, la clásica ciudad de los gremios.

²⁹ Cabe citar como ejemplo el caso de las ciudades italianas, en las que la técnica militar caballeresca ha alcanzado ya su máximo desarrollo cuando ellas inician su auge, por lo cual, se encuentran obligadas a tomar caballeros a sueldo o bien a aliarse con ellos, insistiendo en uno u otro caso en su incorporación a la ciudad a fin de que no puedan mantener desde sus castillos la inseguridad en los caminos y, por otra parte, con el deseo claro de convertirles en ciudadanos de pleno derecho.

Lo cierto es que, bajo el dominio de los gremios la ciudad de la Edad Media cultivó una política especial, una política económica municipal cuya finalidad era triple:

- i. Mantener las posibilidades tradicionales de alimentación y lucro.
- ii. Que el campo sirviera a sus intereses lucrativos mediante los derechos feudales y la obligación de mercado.
- iii. Cohibir la competencia e impedir el desarrollo de grandes empresas, (a pesar de lo cual acabará haciendo su aparición la pugna entre capital y trabajo y se desarrollarán de modo considerable tanto la industria doméstica como la institución de los “oficiales” en clara anticipación del proletariado moderno).

En esta ciudad, el “ciudadano” típico es comerciante o artesano y, sólo es ciudadano de derecho pleno cuando goza de

una casa en propiedad, de tal manera que aquel que no es propietario necesita de éste como fideicomisario si quiere adquirir tierras. Esta condición generaba por tanto una situación de desigualdad estamental que iba acompañada de perjuicios en el orden procesal, una especie de *capitis diminutio*, que no obstante se tiende a compensar. Por otra parte, en cuanto a su persona el ciudadano medieval es completamente libre y además, tenía estipulado que si el siervo abandonaba al señor, transcurridos un año y un día, éste (el señor) perdía su derecho a reclamar, lo cual era lógico y acorde a la sensibilidad jurídica de los ciudadanos, a quienes interesaba por razones militares y tributarias. Podemos concluir por tanto que la tendencia en el desarrollo de la ciudad medieval era hacia una relativa compensación estamental y también hacia la supresión de la falta de libertades.

En definitiva, podemos decir que la moderna evolución de la baja Edad Media en las ciudades occidentales se orientará hacia la consideración y aprovechamiento de las posibilidades del

mercado de manera sistemática, lo cual responde a los dictados del capitalismo racional e influye, por otra parte, en el giro de la evolución hacia la decadencia de las libertades municipales, desde el momento que las ciudades en la época moderna, al caer bajo el dominio de los Estados nacionales competidores que se hallan en permanente situación de lucha o competencia para conseguir la hegemonía, se irán viendo, cada vez más, privadas de su régimen de autonomía administrativa y sustraídas sus regalías militar, judicial y mercantil.

En realidad, las ciudades de la época moderna quedarán privadas de su libertad, mientras que la situación de lucha y competencia entre los Estados nacionales creará las máximas posibilidades al capitalismo del Occidente moderno: el Estado aislado tendrá que concurrir para asegurarse el capital a fin de hacerse con el dominio; los capitalistas, por su parte, le irán prescribiendo las condiciones bajo las cuales son susceptibles de prestarle su apoyo. De esta alianza forzada entre Estado y capital

surge el estamento burgués nacional, la burguesía en el sentido moderno de la palabra³⁰.

B. El Mercantilismo³¹:

³⁰ Para profundizar en la historia económica de Europa se pueden consultar, además de la obra de M. WEBER, *Historia económica general*, op. cit., de la que venimos ocupándonos, los siguientes trabajos: H. PIRENNE, *Histoire économique et sociale du moyen âge*, edición revisada y puesta al día por H. Van Werveke, Paris, Presses Universitaires de France, 1969; C. M. CIPOLLA, *Historia económica de la Europa preindustrial*, traducción española de E. Benítez, Madrid, Alianza, 1992; F. BRAUDEL, *Civilización material, economía y capitalismo: siglos XV-XVIII. Tomo 2, Los juegos del intercambio*, Madrid, Alianza, D.L., 1984; W. CUNNINGHAM, *An essay on Western civilization in its economics aspects. Vol. 2, Medieval and modern times*, Cambridge, At the University Press, 1923; E. J. HAMILTON, *El florecimiento del capitalismo: ensayos de Historia económica*, Madrid, Alianza, 1984; S. B. CLOUGH y Ch. W. COLE, *Economic History of Europe*, Boston, Heath, 1947.

³¹ Sobre este tema, se citan las siguientes obras de referencia: Ch. WILSON, *Economic history and the historian: collected essays*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1969; R. CANTILLÓN, *Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general*, prefacio y traducción española de M. Sánchez Sarto, con un estudio de W. Stanley Jevons, México, Fondo de Cultura Económica, 1978; E. F. HECKSCHER, *La época mercantilista: Historia de la organización y las ideas económicas desde el final de la Edad Media hasta la sociedad liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983; D. C. COLEMAN, *Revisions in mercantilism*, London, Methuen, 1969; J. MORINI-COMBY, *Mercantilisme et*

Después de lo expuesto en el apartado anterior, resulta fácil comprender la necesidad en que se encontraban los nacientes Estados nacionales de dotarse de una estructura fuerte que les permitiera robustecer su poderío de cara al exterior.

A lo largo de toda la Edad Media, hasta el siglo XV prácticamente, se habían venido practicando una política fiscal y una política asistencial a las que podríamos calificar de coyunturales, es decir, diseñadas según las necesidades del momento. Pero una política económica estatal propiamente dicha, como actividad a desarrollar de manera consecuyente y continua, sólo surge en la época moderna, y lo hace auspiciada por el denominado sistema mercantilista.

protectionnisme: essai sur les doctrines interventionnistes en politique commerciale du XVe au XIXe siècle, prefacio de A. Zimmern, Paris, Lib. Félix Alcan, 1930 (Fontenay-aux-roses)

El primer rastro del mercantilismo en dicho sentido, es decir, como síntoma de una política económica racional (acometida por los príncipes), lo encontramos en el siglo XIV en Inglaterra, prevaleciendo como la doctrina del pensamiento económico europeo hasta el siglo XVIII.

El objetivo a cumplir era claro: aumentar el poder de la nación mediante la maximización del interés del Estado soberano. Para ello, el Estado debía ejercer un férreo control sobre la industria y el comercio, sobre la producción y el consumo, a fin de conseguir que las exportaciones superaran en valor a las importaciones; había que aventajar al adversario (los otros Estados) comprándole lo más barato posible y vendiéndole lo más caro que se pudiera. La principal preocupación era acumular riqueza nacional (reservas de oro y plata), y para ello se hacía necesario fomentar las exportaciones y desincentivar las importaciones aun a costa del mantenimiento de salarios bajos; era preferible, por tanto, exportar a terceros que importar bienes o comerciar dentro del propio país. El planteamiento teórico

subyacente era el de la *balanza comercial*, desarrollado en Inglaterra desde el siglo XVI y según el cual, sobreviene el empobrecimiento de un país tan pronto como el valor de las importaciones supera al de las exportaciones.

En este contexto, y en clara relación con la política de dominio Estatal, punto importante del programa del mercantilismo fue el afán por incrementar todo lo posible la población para que, al tener que atender a sus necesidades, se viera en la obligación de crear oportunidades de venta hacia el exterior, particularmente de aquellos productos en los que se concentraba el máximo de trabajo nacional, es decir, productos acabados que eran elaborados con los recursos suministrados sin costo alguno por las colonias, con la ventaja añadida de que además éstas quedaban fuera del circuito comercial. En lo posible, el comercio debía practicarse sólo por comerciantes del país, para lo cual se procedió a la supresión de las trabas internas al intercambio establecidas en la Edad Media, que en forma de

barreras arancelarias permitían cobrar tributo a los bienes en cada ciudad o río que fuera preciso atravesar.

En cuanto a la producción, se fomentó el crecimiento de las industrias porque ello permitía a los gobiernos obtener ingresos mediante el cobro de impuestos que a su vez les permitían costear los gastos militares. En esta dirección, el mercantilismo, como alianza del Estado con el capital, se manifestará bajo un doble aspecto: por un lado, como artífice de una política fiscal monopólica encaminada a crear nuevas industrias que solamente pudieran importar en virtud de monopolios concedidos por el Estado, quedando así sometidas a un permanente control y expolio fiscal³²; por otro lado, como protector de aquellas

³² En esta línea se sitúa la aportación de Jean Baptiste Colbert a la política económica francesa de Luis XIV en la segunda mitad del siglo XVII. Como ministro de finanzas y fiel a los principios del mercantilismo, procedió a la reorganización de la estructura económica francesa, el comercio y la industria, con el fin de incrementar los ingresos y crear un país autosuficiente.

Ver al respecto: J. B. COLBERT, *Mémoires sur les affaires de finances de France pour servir à l'histoire*, texto recogido en la obra de D. DESSERT, *Colbert ou le serpent venimeux*, Bruselas, Ed. Complexe, 2000; P. CLEMENT,

manufacturas ya existentes en la nación aunque no creadas con carácter de monopolio. No hay que olvidar además, que la explotación de las colonias era el método legítimo para obtener metales preciosos y materias primas para las industrias.

Resumiendo, la premisa fundamental de la política mercantilista era el aprovechamiento del mayor número existente de fuentes con posibilidad lucrativa en el propio país, a fin de convertirlo en una gran potencia dentro del concierto internacional. El modo de conseguirlo: directamente, mediante el incremento del erario público; indirectamente, por el aumento de la capacidad tributaria de la población. Los medios: los que acabamos de explicar, insistiendo en el hecho de que la intervención pública de la economía se justifica siempre que sirva a los objetivos marcados. En definitiva, se tenía la firme

Lettres, instructions et mémoires de Colbert, Liechtenstein, Nendeln, Kraus Reprint, 1979; Ch. W. COLE, *Colbert and a century of French mercantilism*, New York, Columbia University Press, 1939.

convicción de que la riqueza de un país dependía sobre todo de la acumulación de oro y plata, ahora bien, como señala Weber,

“... sería ciertamente un error creer que los teóricos y estadistas del mercantilismo hayan confundido la posesión de metales preciosos con la riqueza de un país. Sabían muy bien que la capacidad tributaria es el manantial de esta riqueza, y sólo por ello se preocuparon de conservar en sus tierras el dinero que amenazaba desaparecer con el comercio”³³.

El mercantilismo obtuvo gran éxito, ciertamente, como estímulo para el crecimiento de la industria, pero a la vez generó una fuerte oposición contra sus propios principios porque, los pequeños empresarios, que se habían constituido en grupo y prosperado al margen del poder público, se colocaron a la defensiva en contra de los monopolios regios. En última

³³ M. WEBER, op. cit., pg. 292.

instancia, casi ninguna de las industrias creadas por el mercantilismo sobrevivió a la época mercantil, y ello debido a que crecieron lo suficiente como para poder funcionar sin la protección del Estado.

La lucha desencadenada entre lo que Weber denomina capitalismo irracional y capitalismo racional, es decir, entre el capitalismo orientado en el sentido de las posibilidades fiscales y coloniales³⁴ y de los monopolios de Estado, y el construido a partir de las posibilidades automáticas del mercado, se saldará con la derrota del sistema mercantilista al desarrollarse la doctrina del librecombio, lo cual acontecerá en el seno de las alianzas entre los intereses industriales que, como acabamos de apuntar, podían ya prescindir del mercantilismo.

³⁴ No hay que olvidar que el uso y abuso de las colonias como fuente inagotable de recursos, a la par que su exclusión del circuito comercial, fueron entre otras razones, causa de la guerra de independencia estadounidense, cuyo detonante principal sería la reivindicación por parte de los colonos del derecho a obtener bienestar, su propio bienestar económico.

En este contexto y tomando como fundamento el significado amplio del término “capitalismo”, merece la pena detenerse en el estudio de cuáles fueron precisamente las condiciones decisivas para el desarrollo de ese capitalismo racional en Occidente. Para ello acudiremos una vez más al análisis weberiano³⁵:

Lo primero que hay que señalar son aquellas manifestaciones que se sitúan en el origen del fenómeno, a saber, la empresa duradera y racional; la contabilidad racional; la técnica racional; el Derecho racional; la ideología racional; la racionalización de la vida y, finalmente, la ética racional en la economía.

³⁵ Remitimos en este punto a las citadas obras de M. WEBER sobre las que venimos trabajando: *Economía y Sociedad*, *Historia Económica General*, y además *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducción española, nota preliminar y glosario de J. Abellán, Madrid, Alianza, D.L., 2002.

Asimismo, resulta particularmente interesante al respecto el trabajo de R. GONZÁLEZ LEÓN, *El debate sobre el capitalismo en la sociología alemana. La ascesis en la obra de Max Weber*, edición a cargo de A. Bilbao, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1998.

A continuación, la pregunta inmediata es la siguiente: ¿qué condiciones es preciso que se den para la aparición de esas estructuras racionales del tipo “empresa capitalista”?

La respuesta la hallamos sorprendentemente en un sector en el que de manera oficial dominó una teoría económica hostil al capitalismo, a saber, en el seno de la Iglesia, cuya moral económica se sustentará hasta el siglo XV sobre una ética basada en la idea del “mercader” como sujeto que, aun pudiendo negociar sin incurrir en pecado, no puede ser grato a Dios. Esta ética dejaba ciertamente traslucir una notoria aversión a todo estímulo capitalista, lo cual es lógico si reparamos en el hecho de que nota definitoria fundamental de las relaciones dentro de la economía capitalista es precisamente su carácter impersonal, carácter que genera un profundo rechazo desde el momento que esa impersonalidad implica sustraer determinadas relaciones

humanas a la influencia de la Iglesia, quedando excluida así la posibilidad de ser vigiladas e inspiradas éticamente por ella³⁶.

Pues bien, la responsabilidad de romper con ese conjunto de normas inspiradas en el odio a lo impersonal, va a ser imputada, según Weber, a la Reforma protestante. La razón de ello: que dicha reforma supuso la ruina de la doblez ética característica del catolicismo, que distinguía entre una moral obligatoria para todos y otra de índole particular y ventajosa. Expliquemos esto brevemente: partiendo de la distinción que hace el cristianismo entre un tipo de virtuosismo religioso propio de unas cuantas personas “selectas” y otro tipo que es el que se predica para las masas, se concluye que el virtuosismo religioso sólo puede tener, en última instancia, un valor ejemplarizante para la vida cotidiana; es decir, sus exigencias representarán un desideratum pero no serán decisivas para la ética de cada día. El catolicismo,

³⁶ Por esta razón la ética económica medieval descansará sobre la noción del *iustum precium*, quedando por tanto excluida la posibilidad del regateo en los precios y la libre competencia.

por su parte, hará aparecer la normas del virtuosismo religioso o *Consilia Evangélica* como ejemplo junto a los deberes del profano, de tal modo que, el cristiano perfecto propiamente hablando será el monje, pero su modelo de conducta no podrá exigirse a todo el mundo aunque sus virtudes constituyan, ciertamente, el espejo para la vida diaria.

Ya tenemos por tanto la distinción entre una ética monacal y una ética de masas, distinción que encierra en sí misma otro hecho relevante: el apartamiento del mundo en una comunidad especial de aquellos individuos de más elevada calidad religiosa, individuos que por su parte, llevarán a la práctica un determinado régimen de vida metódico y ascético en virtud del cual, con métodos y medios racionales, persiguen un fin situado en el más allá. Resulta por tanto que es en el seno de las comunidades monacales donde encontramos el germen de un sistema de relaciones basadas en la racionalidad y el método. Un sistema que desde el recogimiento, desde una relación dialéctica del yo con Dios, genera paradójicamente un conjunto de

relaciones marcadas en su proyección externa por lo impersonal, en un esfuerzo supremo de sublimación de la propia subjetividad en Dios por vías adyacentes a las del misticismo³⁷.

Hemos explicado pues cómo en el seno de la Iglesia, de una institución que como decíamos más arriba se sustentaba en una moral económica hostil al capitalismo y a lo impersonal en las relaciones, aparece por vez primera, enmarcado en el seno de las comunidades monacales, un sistema racional y metódico de relaciones que constituirá el preámbulo y caldo de cultivo para la emergencia de las estructuras que caracterizarán al tipo de empresa capitalista³⁸. Sólo quedaba exportar dicho régimen racional de vida que hallábase relegado al círculo monacal, y extenderlo entre la gente laica; sin embargo, y esto es lo más importante, semejante propósito chocaba de frente con el

³⁷ Para profundizar sobre este tema puede consultarse la obra de E. TROELTSCH, *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani, Vol. II*, traducción italiana de G. Sanna, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1969.

³⁸ Sobre el concepto de “empresa” ver: J. BARRON BASKIN, *Storia della finanza d'impresa*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2000.

instituto de la confesión, que ofrecía la posibilidad de descargarse, a costa de ciertas penitencias, de la conciencia de culpa y del sentimiento de pecado provocados por los preceptos éticos de la Iglesia. En última instancia, la confesión implicaba de un modo bastante general el quebranto de la unidad y severidad de la vida metódica.

El paso definitivo en la superación de ese sistema irracional fundado en las relaciones personales, que venía siendo lo habitual en el seno de la Iglesia, lo da la Reforma protestante a comienzos del siglo XVI de la mano de Lutero y sus “95 Tesis” desafiando la teoría y la práctica de las indulgencias papales³⁹. Y es que en último término, la Reforma lo que supuso fue la supresión de los *Consilia Evangelica* y el fin consecuente de la

³⁹ Ver al respecto, M. LUTERO, *À la noblesse chrétienne de la nation allemande: La liberté du chrétienne*, traducción francesa, introducción y notas de M. Gravier, prefacio de P. Chaunu, Paris, G F Flammarion, cop., 1992; *ID.*, *Escritos políticos*, traducción española y estudio preliminar de J. Abellán, Madrid, Tecnos, D.L, 1986; T. M. LINDSAY, *Luther*, en *The Cambridge Modern History, vol. II, The Reformation, cap. IV*, Cambridge, University Press, 1907-1911.

doblez ética de una moral para todos y otra particular y ventajosa. A partir de la Reforma, las naturalezas rígidamente religiosas refugiadas en el Claustro, tendrán que bregar en el mundo en una especie de ascesis mundanal y no ya ultraterrena. Como es sabido, entre las manifestaciones de esta nueva moral se encuentra la no recomendación de la pobreza, eso sí, siempre y cuando la adquisición de riqueza no induzca al goce irracional⁴⁰. Además, se entiende que el logro de la riqueza es debido a la piedad, lo cual llevará a los calvinistas a sostener, en buena lógica, que el hombre es el administrador de los bienes que Dios le otorga, siendo su misión religiosa colaborar en el dominio racional del universo⁴¹. Esa colaboración la realizará

⁴⁰ Otra de las manifestaciones que revela el carácter de esta nueva moral es la no exigencia del celibato sacerdotal, entendiéndose el matrimonio como institución para la procreación racional.

⁴¹ Sobre esta cuestión se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: M. E. CHENEVIÈRE, *La pensée politique de Calvin*, Genève, Slatkine reprints, 1970; F. J. C. HEARNshaw, *The Social and Political Ideas, vol. II. Of some great mediaeval thinkers of the Renaissance and the Reformation. A series of lectures delivered at King's College University of London*, New York,

cada persona mediante su “profesión”, término que de esta manera viene a expresar la valoración de la actividad lucrativa capitalista basada en fundamentos racionales, como realización de un objetivo fijado por Dios. De esta caracterización del concepto profesional deriva la identificación protestante entre elevado nivel ético y honorabilidad en los negocios, identificación que por otra parte deja de lado cualquier alusión al contenido de la fe.

Todo este proceso, meticulosamente descrito, es el que lleva a Weber a decir que “una institución (refiriéndose a la Reforma protestante) tan poderosa e inconscientemente refinada para la formación de los capitalistas, no ha existido en ninguna otra Iglesia o religión, y en comparación con ello carece de importancia todo cuanto hizo el Renacimiento en pro del capitalismo”⁴². Ahora bien, es fundamental no acabar el presente

Barnes&Noble, 1949; A. W. FAIRBAIRN, *Calvin and the Reformed Church*, en *The Cambridge Modern History*, vol. II, *The Reformation*, cap. XI, op. cit.

⁴² M. WEBER, *Historia económica general*, op. cit., pg. 308.

análisis sobre el origen del capitalismo (análisis que, conviene recordar, surgió de la constatación de que por su propia dinámica no pudo ser el mercantilismo la causa de emergencia del mismo), sin apuntar un hecho de vital importancia, a saber, que la raíz religiosa del hombre económico moderno ha muerto; que la ética económica nacida del ideal ascético se ha visto despojada de su sentido religioso y que como consecuencia de ello, era de necesidad que se revelaran los contrastes advertidos en una sociedad en pleno crecimiento. Por todas estas razones le es posible a Weber sentenciar que es llegado el fin del protocapitalismo y se inicia la era de hierro en el siglo XIX.

Dejemos por el momento el análisis socioeconómico y volviendo al Estado absoluto hagamos una breve recapitulación de lo expuesto hasta ahora. En este sentido podemos concluir lo siguiente:

Que el objetivo último del Estado moderno como aparato para la gestión del poder no es otro que aquel que venía siendo demandado principalmente por el tercer estado, a saber, la paz interna del país, la eliminación del conflicto social y la normalización de las relaciones de fuerza.

Que este objetivo se intentará alcanzar mediante el ejercicio monopolista del poder por parte del monarca soberano, capaz de disponer en los casos comprometidos de qué parte está el Derecho, estableciéndose así la necesidad de observancia del mandato del soberano como ley suprema, y el reconocimiento de éste y de su soberanía como instancia neutral opuesta y por encima de partidos y súbditos, única capaz de conservar la paz. Nos hallamos por tanto en presencia de un poder unitario y centralizado, totalitario y absoluto, aún cuando estuviera apoyado por un sólido aparato de funcionarios⁴³.

⁴³ Modelo preconizado por los *politiques* con Bodino a la cabeza en 1.576 y posteriormente, hacia 1.640, por Hobbes.

Definamos pues el Estado moderno como el modo de organización de las relaciones sociales (del poder) en torno a una unidad de dominación independiente tanto en lo exterior como en lo interior, que actúa de modo continuo y con medios propios, a través de procedimientos técnicos preestablecidos (instituciones, administración...) útiles a la prevención y neutralización de los casos de conflicto y al logro de los fines que las fuerzas en cada momento predominantes de la estructura social reconocen como propios e imponen como generales al país, siendo su fundamento último el monopolio legítimo de la fuerza.

Una última precisión debe ser hecha en el plano sociológico: Hemos afirmado anteriormente que, de acuerdo con Weber, la aparición de la administración burocrática como forma más racional de ejercicio de la dominación desde el punto de vista técnico-formal, es el germen del Estado moderno occidental. Hay que añadir además, que por su precisión, continuidad, disciplina, rigor, calculabilidad para el soberano y para los interesados, intensidad y extensión en el servicio, aplicabilidad formal-universal a toda clase

de tareas y susceptibilidad técnica de perfección para alcanzar el óptimo en los resultados; por todas estas razones, esa clase de administración devendrá imprescindible para satisfacer las necesidades (personales o materiales) de la administración de masas, tanto más en un tipo de sociedad que, como ya se ha apuntado, construida sobre el principio de separación de los medios administrativos respecto de los funcionarios, empleados y trabajadores, y en base a requerimientos de formación profesional y disciplina, vería sin ese aparato burocrático cesar toda posibilidad de existencia. De tal modo aparece ligado el aparato burocrático a la continuidad de su propio funcionamiento, por intereses tanto materiales como objetivos. La burocracia, como dice Weber, continúa funcionando para la revolución triunfante o el enemigo en ocupación, lo mismo que venía haciéndolo con el gobierno hasta ese momento legal; es la médula de la administración de masas y por ello el fenómeno de la burocratización se convertirá en sombra inseparable de las democracias de masas.

2.- TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO ABSOLUTO. EL LIBERALISMO

2.1.- EL SUJETO POLÍTICO Y EL ESTADO

Un paso más en el plano del pensamiento nos conduce a la afirmación del “individuo” como interlocutor directo del príncipe y de su aparato de poder, es decir, del Estado. Esta afirmación es consecuencia de la radical escisión entre las esferas de lo público y lo privado a la que nos referíamos anteriormente como resultado de la superación definitiva de la estructura de relaciones interhumanas característica de la antigua sociedad por capas, en la que al individuo, totalmente absorbido en la dimensión comunitaria de miembro de un estrato o cuerpo social (ya fuera la familia, ya el sector o capa al que perteneciera), no se le permite presencia política alguna como sujeto.

Y es que sólo cuando el Estado se erige en monopolizador de la esfera política, y las capas o sectores quedan reducidas a actuar en

ese ámbito social perdiendo con ello su protagonismo político, tal y como hemos explicado; sólo entonces se hace posible hablar de un espacio de lo público y otro de lo privado, y desde este momento tenemos que decir que si bien el individuo es súbdito, ciertamente, en el ámbito de su privacidad, en el ámbito de lo público se va a ir erigiendo paulatinamente en interlocutor directo del Estado (en detrimento del papel protagonista jugado hasta este momento por las capas o sectores sociales)⁴⁴.

Nos encontramos por tanto ante una realidad dual constituida por individuos de una parte, y por el Estado de otra. Sabemos ya que tratase éste de un Estado que se ha ido configurando como organización política, como aparato, como un conjunto ordenado y estable de hombres, dotado de medios materiales adecuados para ejercer una serie de tareas y perseguir una serie de objetivos permanentes y delimitados; un constructo social cuyo funcionamiento responde a una ley o principio fundamental, a

⁴⁴ En relación con este tema, ver: N. ELIAS, *La sociedad de los individuos*, traducción española de J.A. Alemany, Barcelona, Península, 2000.

saber, la racionalización de las funciones, ley o principio que incorpora dos conceptos básicos:

- el concepto de “aparato”, incluyendo en él toda institución profesional o burocracia que opera *formalmente* y con *fidelidad* al mismo.
- el de división del trabajo, que alude directamente a una determinada clase de procedimiento.

Decimos por tanto que la ley de funcionamiento de este aparato estatal consiste en la racionalización de las funciones, y ello nos permite poner de manifiesto la diferencia subyacente que existe entre los conceptos de *racionalidad* y *racionalización*, diferencia cuya comprensión nos lleva a desvelar un cierto solapamiento entre los términos de esa realidad dual formada por el individuo y el Estado a la que nos acabamos de referir⁴⁵.

⁴⁵ Ver sobre este asunto las siguientes obras: M. HORKHEIMER y Th. W. ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración: fragmentos filosóficos*, traducción española de J. J. Sánchez, Madrid, Trotta, 2001; M. HORKHEIMER, *Crítica*

Veamos esto detenidamente:

Hablamos de *racionalización* para referirnos al proceso mediante el cual elegimos unos medios determinados con el objetivo de cumplir unos fines dados; por el contrario, hablamos de *racionalidad* para referirnos no tanto al proceso ni a los medios como a los fines en sí mismos considerados y a su determinación. La racionalidad alude a los fines, la racionalización al cómo en la consecución de esos fines. Hemos visto que la racionalización de funciones es la ley de funcionamiento del Estado moderno, pero ¿dónde reside su racionalidad?, ¿quién pone los fines?, ¿de qué fines se trata? Si la respuesta a estas preguntas es que la racionalidad reside en el individuo, porque sólo respecto del sujeto en su individualidad considerado es tal racionalidad predicable, estaremos anunciando la postura del liberalismo respecto a una

de la razón instrumental, traducción española de J. Muñoz, presentación de J. J. Sánchez, Madrid, Trotta, 2002; A. DE SIMONE, *Habermas: le metamorfosi della razionalità ed il paradosso della razionalizzazione*, Lecce, Milellac, 1988.

realidad bien distinta que ya no tiene marcha atrás pero ante la que se rebela, y que es precisamente la realidad del Estado moderno, el cual, tal como lo hemos caracterizado hasta ahora, si bien no absorbe de momento la totalidad de la sociedad, sí se hace aparecer como fin en sí mismo considerado. Y es que en la medida que el Estado se afirma como fin en sí mismo, toda pretensión de racionalidad habrá de ubicarse precisamente en él, en él que encarna el mundo de los fines; por el contrario, el mundo de los medios aparecerá siempre vinculado a procesos de racionalización puestos al servicio de la consecución de esos fines, y es en esta cadena de medios y fines donde el individuo, inmerso en ese proceso de racionalización del que forma parte como un eslabón más, se resitúa, viendo su racionalidad reconvertida ahora en formas políticas y sociales vinculadas al aparato del Estado⁴⁶.

⁴⁶ Este proceso de racionalización irá tomando un cariz cada vez más economicista según criterios empresariales. Para un estudio detallado del mismo desde la perspectiva de la Historia económica, véase la obra de J. A. SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, versión española a cargo de M. Sacristán, Barcelona, Ariel, 1994.

No obstante el anterior análisis crítico y retomando el hilo de la exposición, decíamos que la lógica del Estado absoluto conduce a la instauración de una clara separación entre política (o esfera pública) y moral (o esfera privada), que destierra la moral fuera de la realidad política y relega a los individuos, una vez convertidos en meros súbditos, a la esfera privada. Ahora bien, desde una perspectiva histórica, dentro de cada Estado absoluto se irá definiendo un espacio privado interno, que la burguesía, al darse cuenta de su propia moralidad, ocupará progresivamente para convertirlo en público, aunque no directamente en político. De este modo, las acciones políticas comienzan a ser juzgadas por el tribunal de la moral, por ese tribunal de la sociedad que adoptando la forma de clubes, cafés, salones, etc., va a conformar lo que hoy en día llamamos “opinión pública”, la cual se entiende actúa en nombre de la razón y de la crítica⁴⁷. La burguesía liberal se

⁴⁷ Nótese que mientras que en Inglaterra sí existía una cierta coordinación entre moral (opinión pública) y política (gobierno), en Francia, con la Ilustración, se radicaliza el contraste, preparando de este modo la crisis revolucionaria.

consolidará de este modo en el siglo XVIII, al hacerse con las riendas del poder moral y del poder económico⁴⁸.

Observamos por tanto cómo el individuo iba tomando conciencia de la identidad de sus intereses privados así como de su dimensión comunitaria y validez política, y cómo va a ir dotándolos de una organización que se sustenta en una actitud cada vez más crítica y menos pasiva hacia la gestión del aparato estatal. Es por esta vía de defensa y atribución de validez política de “lo privado” que se irá fraguando la moderna sociedad civil como conjunto organizado de intereses privados, caracterizada en su interior por una diferenciación en clases sobre la base del nuevo modo de producción capitalista.

Véase al respecto la obra de J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública*, versión del alemán de A. Doménech, Barcelona, Gustavo Gili, D.L., 1982.

⁴⁸ Como veremos más adelante, la gran aportación de Kant será unir *racionalidad* y *racionalización* en una teoría de los fines que mantenga un tipo específico de relación con la subjetividad, a partir de su teoría jurídica.

Con esta nueva demanda de recalificación política exigida por las nuevas posiciones privadas que de modo consciente van organizándose socialmente, aquel orden mundano, racional y técnico, cuya instauración y mantenimiento era el objetivo fundamental del Estado moderno absolutista, cambia de significado, perdiendo el carácter neutral de defensa ante el conflicto social y garantía de la libertad subjetiva que había tenido hasta ahora, en beneficio de connotaciones positivas más acordes a la realización y desarrollo de esos intereses más precisos propios del individuo. Y es que el liberalismo critica radicalmente esa concepción del Estado administrativo que ofrece el Estado moderno en virtud de la cual, insistimos, para realizar el orden o bienestar social se procede a la reclusión de los individuos en su esfera privada, convirtiéndolos en meros súbditos, en pos del funcionamiento de esa maquinaria aséptica, racional y eficiente que es la moderna burocracia que responde directamente a las ordenes del príncipe⁴⁹.

⁴⁹ En este contexto y para profundizar en la caracterización y comprensión crítica de las instituciones que acompañan al Estado moderno en general, resultan particularmente interesantes las siguientes obras: M. FOUCAULT,

Resulta fácil imaginar que esta crítica del liberalismo a ese modelo de Estado administrativo, a ese modelo de Estado burocrático forjado en la fragua del Estado moderno, se basaba en el hecho de que abocaba a una total y absoluta despolitización de la sociedad que, a juicio de los liberales, iba mucho más allá de esa saludable despersonalización de las relaciones políticas de la cual hablábamos anteriormente al referirnos a la época medieval. Es importante en este punto poner atención al uso de ambas expresiones: “despersonalización de las relaciones políticas” y “despolitización de la sociedad”, porque del fenómeno al que alude la primera de ellas deriva la consolidación del elemento de autoridad, que es la premisa básica para hablar de una auténtica libertad, es decir, de una libertad que nos sea mero privilegio de clase o estrato; mientras que de la segunda expresión se deduce una situación de extrema y por ello poco conveniente neutralización de

Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, traducción española de A. Garzón del Camino, Madrid, Siglo Veintiuno de España, 2000; *ID.*, *Historia de la locura en la época clásica*, traducción española de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

los conflictos que hace baldío todo intento, liberal o no liberal, de revitalización de la vida política.

El liberalismo lo que propugna es precisamente resucitar la actividad política (incluso cuando esté confiada a clases o círculos restringidos), aceptando el costo que ello supone en términos de conflicto ya que se entiende que los conflictos, si se mantienen dentro del orden (constitucional), son signo de vitalidad.

En definitiva, podría concluirse que en la base del proceso de transformación y superación del Estado absoluto se hallan aquellos supuestos estructurales de la acción liberal de la burguesía que identificamos en esos espacios autónomos de la sociedad civil ocupados por el elemento crítico de la opinión pública por un lado, y por la libertad de mercado por el otro⁵⁰.

⁵⁰ Véase al respecto la obra clásica sobre la sociedad civil de A. FERGUSON, *An essay on the history of civil society 1767*, introducción de D. Forbes, Edinburgh, University Press, 1978.

2.2.- UN NUEVO ORDEN ESTATAL. DE LO LEGÍTIMO A LO LEGAL

2.2.1.- EL PROCESO DE FORMALIZACIÓN DEL ESTADO

Resultado de todos estos procesos que están operándose tanto a nivel histórico como a nivel de pensamiento, emerge un **nuevo concepto del orden estatal que se presenta como la codificación de los valores individuales**, en consonancia con el nuevo papel protagonista del individuo en la vida civil y política, papel que debe ser preservado sobre todas las cosas ⁵¹.

⁵¹ Conviene reflexionar en este punto sobre lo siguiente: el pensamiento liberal es heredero y partícipe del ideal renacentista de Prometeo, de la certeza de que el hombre, una vez rotas las cadenas, realizaría en la tierra su completa emancipación junto con la de la humanidad. Ahora bien, sucede que aún siendo esto así en el plano del pensamiento, el liberal, siempre atento a la realidad, se ve impedido de acceder completamente a esta concepción perfectista y ello a causa de su arraigado pesimismo antropológico, en virtud del cual, al sujeto real y concreto le corresponde un paciente trabajo de reconstrucción contra las amenazas, siempre nuevas y siempre distintas, a la libertad. Se quiere subrayar con este apunte, que para los liberales la confianza en el individuo no es ilimitada, aún cuando adopte tintes optimistas para enfrentarse al absolutismo

En el seno de la sociedad, la validez del orden social descansa, siguiendo en esto a Weber, en la probabilidad de que los partícipes en la acción social, es decir, los individuos, orienten su conducta según la representación de la existencia de un orden (cuyo contenido sería un conjunto de máximas indicables orientadoras de la acción) legítimo (respecto del cual se experimenta un sentimiento de deber, de obligatoriedad, de deber ser, y que por tanto es pensado como modelo de conducta). Según Weber, la legalidad deviene de esta manera una forma de legitimidad.

Hemos asistido así, a un **proceso de formalización del Estado** mismo, cuyas repercusiones fueron tan importantes como que supusieron el cuestionamiento de la legitimización del príncipe a la titularidad del poder, es decir, la puesta en tela de juicio de la personificación que el Estado absoluto había recibido en la figura

paternalista, el cual, partiendo de la misma premisa del pesimismo antropológico, concluía por su parte que los hombres son incapaces de autogobernarse y de elegir su propia felicidad.

del monarca, y ello desde el momento en que, al ser los valores del individuo codificados los que conforman ahora el orden estatal, y al estar estos valores profundamente vinculados a una sociedad civil ya plenamente organizada, será ese mismo orden (codificación racionalizada de derechos individuales arraigados en la sociedad civil) el que aparezca como persona y del que se prediquen ahora los elementos de legitimación del poder que correspondían al monarca⁵². Por consiguiente, este proceso de personificación conduce a la atribución al propio “orden” del carácter de depositario del monopolio legítimo de la fuerza y, por esta vía, el poder del

⁵² Sobre el concepto de “codificación” y su relación con la ordenación del Estado, se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, recogido en la publicación periódica *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giurídico moderno*, nº 51, Milano, Giuffrè, 1998; A. F. J. THIBAUT y F. K. VON SAVIGNY, *La polémica sulla codificazione*, a cargo de G. Marini, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, cop., 1982; M. E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967; J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle: essai de définition*, Bruxelles, Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, cop., 1967.

Estado acabará encontrando su propia encarnación en el ordenamiento jurídico.

Todo esto resulta más comprensible si partimos de la consideración de que son los propios individuos los que disponen ahora del instrumento directo de determinación de tal orden, es decir del poder legislativo, cuya conquista ha sido lograda gracias a la acción revolucionaria dirigida por la fuerza hegemónica de la sociedad ya organizada: la burguesía. Pero ello no debe hacernos perder de vista que el fundamento del proceso de personificación del “orden” arriba explicado residía en el orden mismo, y que dicho fundamento, por tanto, no se explica en virtud del “quién” dispone de los medios para la construcción de ese orden. En definitiva, es como si el orden se independizara de su creador y cobrara vida propia. Este fenómeno, por su parte, se encuadraba en un proceso más amplio de formalización del Estado en virtud del cual se

demandaban esquemas lógicamente indiscutibles y convencionales, de los que el principal venía a ser la ley, la norma jurídica⁵³.

La transferencia así operada desde la esfera de la legitimidad a la de la legalidad nos introduce de lleno en el Estado liberal burgués de Derecho, pero antes de seguir adelante es importante insistir en un dato, a saber, que si bien los movimientos revolucionarios modernos encabezados por la burguesía impulsaron efectivamente la impugnación del absolutismo monárquico, no fue tanto la estructura de poder propia del Estado absoluto lo que se denunciaba, como el hecho de que esa estructura se personificara en una figura humana (el monarca) antes que en esos esquemas lógicos e indisputables de que hablábamos anteriormente y que en forma de normas jurídicas vendrían a conformar el *orden-persona* sustituto

⁵³ Ver sobre esta cuestión el trabajo de C. SCHMITT acerca de *Los tres tipos de pensamiento jurídico*, recogido en el texto corregido por el autor con profundas modificaciones para la edición italiana, *Le categorie del político: saggi di teoria politica*, traducción española para uso docente de J. M^a Ordóñez, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 245 a 275; *ID.*, *Legalidad y legitimidad*, traducción española de J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971.

del *príncipe*. Por el contrario, sobre el plano institucional el Estado cambió muy poco en su nueva forma de Estado burgués de Derecho, antes bien, los rasgos esenciales del Estado moderno: la unicidad del mando, su carácter de última decisión, su posibilidad de aplicación a través de un aparato profesional de órganos ejecutivos y coactivos, se perfeccionaron y reforzaron en consonancia con el progresivo carácter técnico asumido por el gobierno y la administración.

2.2.2.- EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL CLÁSICO

En este contexto, el constitucionalismo liberal vendrá a plantear la necesidad de limitar el poder del Estado soberano mediante el recurso técnico de la separación de poderes o, dicho de un modo más preciso, división de funciones; pero *constituir*, hablando con propiedad, *no se constituye*, resultando entonces necesario replantearse la teoría del poder constituyente en el constitucionalismo liberal, lo cual resulta además comprensible si tenemos en cuenta que ahora al individuo se le reconoce y

reivindica una naturaleza o “constitución” racional anterior al Estado. Por esta razón, el liberalismo oscilará entre limitar el poder del Estado mediante formas racionales individuales, o mediante formas sociales de la racionalidad individual⁵⁴.

Más en detalle, el constitucionalismo liberal se encuentra ante dos realidades de suyo existentes: de un lado el individuo (y las relaciones interpersonales que conforman el entramado social), y de otro lado el Estado, un Estado que, como decíamos en el epígrafe

⁵⁴ Existe una amplísima bibliografía sobre este tema, de la cual citamos a continuación algunas obras particularmente relevantes: G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Roma, Laterza, 1995; H. J. LASKI, *El liberalismo europeo*, traducción española de V. Miguélez, México, Fondo de Cultura Económica, 1984; V. DE CAPRARIIS y T. AMATO, *Il liberalismo europeo nell'Ottocento*, Milano, Garzanti, 1963; B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif, 2 vols.*, introducción y notas de E. Laboulaye, Paris, Librairie de Guillaumin, 1861; J. BENTHAM, *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1948; *ID.*, *First principles preparatory to constitutional Code*, Oxford, Clarendon Press, 1989; *American State papers. The federalist* by A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY. *On liberty; Representative government; Utilitarianism* by J. STUART MILL, Chicago, Enciclopedia Britannica, 1984.

anterior, en tanto que *existiendo* (y en este sentido decimos que no es *constituido*) como organización política, como aparato, no absorbe de momento la totalidad de la sociedad. Con esta realidad dual como sustrato, el constitucionalismo liberal, repetimos, no viene a constituir nada porque la realidad política ya está constituida en forma de Estado-aparato, a lo que sí viene es a establecer límites al poder de ese Estado, para lo cual dispondrá una serie de garantías “constitucionales” de los derechos individuales, garantías que a partir de ahora se inscriben y presuponen un tipo de organización política del poder del Estado montada en torno al principio de separación de poderes. Este sería el modelo clásico liberal de constitucionalismo que, una vez más, no constituye sino limita, y que aún distingue con claridad entre las realidades Estado, Sociedad y Constitución.

En definitiva, podemos decir que la historia del liberalismo se sustenta, pasa a través y supera la historia del Estado absoluto, en la medida en que éste consolida el principio de autoridad, principio que constituye la premisa “mayor” para una auténtica libertad que,

como hemos señalado anteriormente, no consista en un mero privilegio, y en la medida en que tomando como fundamento este presupuesto, el liberalismo se hará valedor del principio de autolimitación del poder estatal mediante el Derecho, con la finalidad de garantizar los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos. La democracia, por su parte, vendrá a legitimar esta nueva forma de Estado a través del sufragio universal.

Al menos, así se viene entendiendo desde determinadas interpretaciones de inspiración marxista y weberiana para las que, como hemos señalado, el liberalismo es deudor del Estado moderno o, en un sentido más amplio, nace como consecuencia o como respuesta a esa nueva forma de poder que se instaura en Europa a partir del siglo XVI⁵⁵.

⁵⁵ Sobre la peculiaridad no constituyente del liberalismo constitucional, ver, K. MARX, *La cuestión judía: sobre democracia y emancipación*, traducción española, estudio y notas por A. Hermosa Andujar, Madrid, Santillana, cop., 1997.

En otra línea de pensamiento se viene sosteniendo, por el contrario, que esta tesis conduce a una mala interpretación de la historia del liberalismo, desconocedora de la exclusiva contribución de éste a la proyección de procedimientos jurídicos y estructuras institucionales garantistas. Para esta postura doctrinaria, el liberalismo, en continuidad con el pensamiento medieval, se configuraría precisamente como lucha contra la consolidación del Estado absoluto a partir de nuevos o renovados presupuestos.

Cabe pensar desde otra perspectiva, que ambas interpretaciones o aproximaciones al estudio del Estado liberal no sean tan dispares como a primera vista pueda parecer, y que antes bien, se pueden encontrar cada una de ellas de un modo más o menos acusado, en los procesos históricos desarrollados en Francia y en Inglaterra entre finales del siglo XVII y el siglo XIX, siendo así que mientras en Inglaterra asistimos a un proceso revolucionario pacífico que enlaza y recupera la tradición jurídica medieval; en Francia, los estragos causados por la experiencia del absolutismo en ese país y que se puede decir han borrado cualquier vestigio de la tradición

medieval, conducirán a una superación violenta del Estado absoluto, pero a partir de sus propias instituciones.

Sobre la base de las anteriores reflexiones, procedemos a continuación a resumir y concretar las principales características del Estado liberal:

- 1) Desde una perspectiva socioeconómica, el sustrato social dominante aparece constituido por las burguesías nacionales imbricadas en una estructura social estratificada en función de la reproducción del capital mercantil inicial⁵⁶.
- 2) En el plano político, la nueva legitimación del poder estatal deviene representativa, lo cual tendrá repercusiones en el ámbito electoral. La tríada de conceptos sería por tanto la

⁵⁶ Aquí es necesario mencionar la distinción entre el *dinero* como capital, y el *dinero* como función de la reproducción del capital a partir de la producción fabril. Ver al respecto K. MARX, *El Capital: crítica de la economía política. Libro I, El proceso de producción del capital*, edición a cargo de Pedro Scaron. Madrid, Siglo Veintiuno de España, 1984.

siguiente: legitimidad – representación política y electoral – ley.

- 3) El principio de libertad aparece referido no tanto a los grupos sociales como a los individuos singularmente considerados y libres del Estado, lo cual es consecuencia de las dos características anteriores que son las que marcan realmente las peculiaridades históricas de la forma de Estado liberal.

Este modelo de Estado, diseñado según los dictados de las concepciones políticas y valores morales del constitucionalismo liberal, tiene como fin esencial la defensa de los derechos de la persona y su tarea fundamental será por tanto asegurar a los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos individuales. Este fin al que podemos considerar implícito y con vocación de permanencia, precisa para su cumplimiento la adopción por parte del Estado de una serie de instrumentos o técnicas jurídicas que, a diferencia del carácter permanente de aquél, varían según el tiempo o las tradiciones de cada país, no obstante lo cual podemos

aglutinarlas en torno a dos grandes conceptos que giran alrededor de la idea siempre presente de limitar el poder y evitar la arbitrariedad del mismo: el principio de *división del poder* por un lado, y el *gobierno de las leyes* y de la racionalidad del Derecho por otro. Dediquemos un breve análisis a cada uno de ellos:

*La división del poder*⁵⁷

Mediante la *división del poder* se asegura un sistema de frenos eficaces a la acción del gobierno que, por esta vía, deviene políticamente responsable.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, ver: P. DE VEGA, *La división de poderes, el poder legislativo*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat de Lleida, 1998; M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967; E. MIÑANA, *La división de los poderes del Estado: estudio de filosofía política y de legislación comparada*, Madrid, Imp. de Gabriel López del Horno, 1917; A. SAINT GIRONS, *Essay sur la separation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881; R. DE AGAPITO SERRANO, *Libertad y división de poderes: el contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Tecnos, D.L., 1989; E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, Librairie de A. Maresq Ainé, 1880.

Existen dos modelos fundamentales que dan respuesta a esta exigencia de dividir el poder: el elaborado por Montesquieu y el defendido por Kant. Veámoslos por separado.

- Montesquieu sostiene que las instituciones políticas están influenciadas por causas físicas y sociales respecto de las cuales sufren cierta dependencia y, como consecuencia de ello, experimentan un cierto relativismo de los valores políticos. La libertad, por tanto, tiene que poder ser resultado no de una moralidad cívica superior sino de una organización adecuada del Estado. Resultado de este descubrimiento es la construcción por el autor de su teoría respecto a la separación de poderes, expuesta en el famoso libro XI del *Espíritu de las leyes* (1748)⁵⁸.

⁵⁸ Ver Ch. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, introducción de E. Tierno Galván, traducción de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 2000. Acerca de Montesquieu se puede consultar además la obra de L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Seuil, 1972.

Partiendo del estudio de la constitución inglesa Montesquieu plantea que los tres poderes: el de hacer las leyes o legislativo, el de ejecutar las resoluciones públicas o ejecutivo y el de castigar los delitos o las controversias privadas o judicial, no pueden ser ejercidos por una única persona o un único cuerpo de notables, de nobles o del pueblo.

Además, para afinar en el perfeccionamiento de esta técnica y captar el efectivo equilibrio entre poderes, introduce el ideal clásico del gobierno mixto, en virtud del cual, partiendo del hecho de que el poder legislativo representa la voluntad general del Estado, proclama la necesidad de dividir dicho poder en dos partes dando así satisfacción a las demandas de representación de las distintas clases o estados del reino.

De este modo, cada una de las partes que conforman el poder legislativo frenará a la otra en su hacer, y ambas estarán vinculadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Tenemos entonces un gobierno equilibrado en el que los distintos órganos, en un sistema de pesos y contrapesos, realizan un equilibrio constitucional capaz de obstaculizar la afirmación de un poder absoluto.⁵⁹

⁵⁹ La crítica que se viene haciendo desde amplios sectores de la doctrina a Montesquieu y a su construcción teórica de la separación de poderes, es que en realidad se trata de un estudio sociológico realizado mediante un método comparativo de las instituciones y de las influencias que sobre ellas ejercen otras instituciones y condiciones no institucionales. Desde este planteamiento se acusa a Montesquieu de confundir poder en sentido jurídico con poder en sentido sociológico y de identificar órganos del estado con clases sociales, y se le achaca que el equilibrio del que nos habla es más un equilibrio social que constitucional.

A partir de esta crítica se hace la siguiente reflexión: la técnica de la división del poder formulada por Montesquieu como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, queda obsoleta con el advenimiento de las democracias del siglo XX, ya que con ellas queda descartada la identificación entre órganos del Estado (poderes) y clases sociales al hacerse emanar todo el poder del pueblo. Tuvo su sentido en las sociedades aristocráticas con regímenes políticos monárquicos del siglo XIX, en las que la dirección política del Estado resultaba de la colaboración de los diferentes órganos constitucionales que

representaban los respectivos intereses de las distintas clases sociales. Pero para la dinámica política de las instituciones parlamentarias de nuestro tiempo, la división de poderes resulta una técnica poco operativa desde el momento que en las sociedades democráticas con sufragio universal (republicanas o en las que la monarquía ya no conserva sus antiguos poderes), la dirección política del Estado resulta de la agregación de la demanda política satisfecha por la oferta de los partidos políticos, de tal manera que el partido que obtenga mayoría en las elecciones tendrá también mayoría en ambas cámaras y, probablemente, el Jefe del Estado saldrá de sus filas. Por esta vía, todos los poderes acaban concentrados en una Asamblea cuya mayoría impone su voluntad.

Aún podríamos salvar algo de la fórmula de Montesquieu, a saber, la consecución del equilibrio constitucional mediante la imposición de procedimientos complejos a la manifestación de la voluntad de la mayoría, procedimientos como el establecimiento de un sistema bicameral o como la atribución de ciertas prerrogativas al jefe del Estado, procedimientos que constriñan a esa voluntad mayoritaria resultante de las elecciones a expresarse necesariamente mediante ordenes válidas y legítimas, todo ello de cara a impedir cualquier arbitrariedad. Pero también esta vía es criticable ya que los procedimientos no son sino eso, procedimientos, y como tales pueden contribuir a establecer frenos pero no límites efectivos; es decir, que si como hemos dicho asistimos a la concentración de todos los poderes en uno sólo, el de la mayoría, un tal poder, aun basado en el consenso y aun disciplinado por procedimientos complejos, puede hacerse arbitrario.

Podemos concluir por tanto, que ante un partido fuerte o una mayoría estable, la técnica de la división de poderes podría servir para obstaculizar o frenar esa voluntad mayoritaria o estable, pero resultará insuficiente para garantizar los derechos de las minorías y limitar o impedir eventuales abusos

- El modelo kantiano, por su parte, relegando a un segundo plano la preocupación empírica por aquel complejo y maquinal sistema de equilibrios, centra sus esfuerzos en el estudio de las distintas funciones del Estado para intentar captarlas en su particular naturaleza.

Para Kant, cada Estado en su idea, es decir, cada *Estado en general* como voluntad universal unida⁶⁰, contiene tres poderes que le son esenciales en vistas a su constitución. Son por esta razón *dignidades* del Estado. Veamos brevemente uno por uno:

de poder, desde el momento que es un mismo partido el que controla el sistema y los órganos. Dicha técnica puede servir ciertamente como límite formal por la vía del procedimiento, o dicho de otro modo, puede operar como ficción limitadora, pero no es operativa en el ámbito de los límites materiales o reales.

⁶⁰ Más adelante, en el epígrafe dedicado a Kant, tendremos ocasión de analizar en profundidad qué quiere decir el autor con la expresión “Estado en general”.

➤ El *poder soberano* (la soberanía) reside en el legislador. Es el *poder legislativo*, que corresponde a la voluntad unida del pueblo. Del poder legislativo ha de proceder todo el Derecho que, como tal, no puede ser injusto con nadie. Inmediatamente nos asalta la siguiente pregunta: ¿cuál es ese Derecho que no es injusto con nadie?, y la respuesta nos la da así el propio Kant:

“... Pues si alguien decreta algo respecto de otro, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre sí mismo”⁶¹.

Lo que se quiere decir es que, en la medida en que cada uno decide lo mismo sobre todos y todos sobre cada uno, sólo esa voluntad concordante y unida de

⁶¹ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pg. 143.

todos, la voluntad popular universalmente unida, puede ser legisladora. La “ley” tiene por ello valor universal, en cuanto no expresa la voluntad empírica de los más sino la unitaria del pueblo.

- El *poder ejecutivo* corresponde al gobernante del Estado. Es la persona (moral o física) que, conforme a la ley (subsumiendo los diferentes casos bajo la misma), prescribe al pueblo las reglas según las cuales debe proceder. Sus ordenes son por tanto disposiciones o “decretos” referidos a un caso particular y modificables, no son leyes sino actos particulares para casos particulares.

Esto es así porque si el gobernante fuera legislador estaríamos ante un gobierno despótico, y no ante uno patriótico como Kant postula, entendiendo por patriótico no un gobierno paternalista (que sería el más despótico de todos por tratar a los ciudadanos

como niños), sino un gobierno que trate a los ciudadanos como tales, es decir, en su propia independencia respecto a la voluntad absoluta de cualquier otro (junto o por encima de él).

Por su parte, el legislador no puede ser a la vez gobernante. “El soberano puede quitar al gobierno su poder, deponerlo o reformar su administración, pero no *castigarlo*... porque este sería un acto del poder ejecutivo al que, según la ley, compete por encima de todos la facultad de coaccionar”⁶². El poder ejecutivo está sometido a la ley y por tanto al soberano, ahora bien, la idea de que el poder ejecutivo pudiera ser castigado por el legislativo es una contradicción en los términos, ya que el sujeto de la acción (el poder ejecutivo, único competente para coaccionar) no puede ser a la vez objeto de la misma.

⁶² I. KANT, op. cit., pg. 148.

- Respecto al *poder judicial*, Kant sostiene que es el pueblo quien se juzga a sí mismo a través de aquellos de sus conciudadanos que, mediante libre elección, son reconocidos como sus representantes especialmente para cada acto. Es decir, que sólo el pueblo (mediatamente) puede juzgar a alguien en su seno, por medio de sus representantes, delegados por él mismo (jurado).

Se entiende que el fallo judicial, la *sentencia*, es un acto particular (referido al súbdito en concreto), de la justicia pública (realizado por un administrador del Estado, un Juez o un Tribunal, es decir, por alguien perteneciente al pueblo).

Resumiendo y completando el planteamiento kantiano podemos concluir lo siguiente: el Estado contiene tres poderes o dignidades, a saber, el poder legislativo en la persona del

legislador, el ejecutivo en la del gobernante (siguiendo la ley), y el judicial en la del Juez (adjudicando a cada uno lo suyo según la ley). Esta tríada política unida en la voluntad universal, dice Kant, aseméjase a las tres proposiciones de un razonamiento práctico:

I. La mayor contiene la *Ley* de aquella voluntad.

II. La menor contiene el *Mandato* de proceder conforme a la ley. Aquí se encuadra el importantísimo **principio de subsunción** bajo la ley anteriormente aludido.

III. La conclusión contiene el fallo judicial, la *Sentencia*, es decir, lo que en cada caso es de derecho.

Estos tres poderes están coordinados entre sí pero también subordinados, por lo cual uno no puede usurpar la función de

los otros a los que secunda porque él mismo tiene su propio principio. Son por tanto autónomos e independientes entre sí, de donde deriva esa clara separación que hemos visto entre el poder legislativo y el ejecutivo, que se corresponde a su vez con la distinción entre Ley y Decreto. Respecto a esta última es muy importante destacar que responde a una diferencia material, es decir, que la distinción depende del contenido del acto y no de la fuente, y por ello, tal como hemos dicho anteriormente y ahora insistimos, la Ley tiene valor universal en tanto en cuanto no expresa la voluntad empírica de los más, sino la voluntad unitaria del pueblo, según la cual cada uno decide la misma cosa para todos; mientras que el Decreto, por el contrario, se trataría de un acto particular para casos particulares. En definitiva, Kant distingue cualitativamente entre Leyes, Decretos y Sentencias, en la medida en que cada una de estas tres categorías corresponden a cada una de las tres *dignidades* del Estado.⁶³

⁶³ La crítica que se le hace a Kant respecto a su teoría sobre la división de

poderes es que resulta poco útil para nuestros sistemas parlamentarios, en los que la distinción entre el poder ejecutivo y el legislativo se ha difuminado, y en los que se confunde entre Ley y Decreto al hacer depender la distinción no tanto del contenido como de la fuente (frecuentemente asistimos a la regulación por Ley en sentido formal, es decir, aprobada en el parlamento, de contenidos que por su carácter particular o no tan general quedarían fuera de su ámbito material; y a la inversa, se someten a regulación por Decreto contenidos que por su generalidad deberían tratarse por Ley). Con esta confusión, Leyes y Decretos devienen normas jurídicas que se diferencian sólo jerárquicamente en el ámbito del ordenamiento jurídico. Además, resulta que las Leyes son, cada vez menos, resultado de una iniciativa autónoma de los Parlamentos, ya que éstos se dedican a votar los proyectos de Ley que presenta el Gobierno, con lo cual se borra la diferencia entre legislar y gobernar y el resultado es que se gobierna por medio de leyes y no según ellas.

En definitiva, no hay división de poderes sino una continuidad de poder que tendría su principio en las elecciones y terminaría en la acción de gobierno, del gobierno de la mayoría, porque no olvidemos que los gobiernos están compuestos por diputados.

En palabras de Mirkine-Guetzevich el mecanismo es el siguiente: el pueblo vota, los elegidos se reúnen y nombran un Gobierno, por consiguiente el pueblo elige mediante la Asamblea su Gobierno. En este mismo sentido tiene lógica sostener que el Parlamentarismo moderno consiste en la traducción en términos de gobierno del principio mayoritario. Ver B. MIRKINE-GUETZEVICH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Reus, S. A., 1934, pg. 201.

El Gobierno de las Leyes

Con esta fórmula se pretende destacar la importancia de que el gobierno sea ejercido por un poder de derecho cuya característica fundamental sea la racionalidad, evitando así cualquier tentativa de ejercicio fáctico del mismo. Trataríase en definitiva de institucionalizar un gobierno de las leyes que desplazara, de la mano de la razón, al gobierno de los hombres, garantizando así la legalidad del sistema. En este sentido podemos hablar de tres tipos o modelos de legalidad dentro del concepto genérico de Estado de Derecho, que se relacionan directamente con las tres soluciones que históricamente se han dado a la limitación del poder, a saber: el *garantismo* en Francia, el *Rechtsstaat* en Alemania y el *rule of law* en Inglaterra. Veámoslos uno por uno:

- El *Garantismo*

Con este término se hace alusión a la exigencia de tutela en el plano constitucional para los derechos fundamentales

del individuo. Esta exigencia conllevaría una total sumisión a la legalidad vigente en el ejercicio del poder, así como el reconocimiento de una esfera de autonomía del individuo que el Estado no podría violar en ningún caso. Ambos extremos serían puestos en práctica mediante la disposición de un poder ejecutivo políticamente responsable frente al Parlamento; un poder legislativo bicameral con un Senado que encarnaría el poder representativo duradero y una Cámara de diputados que sería expresión del poder representativo de la opinión; y un poder judicial respecto al cual se trataría de reforzar su independencia mediante la inamovilidad de los jueces⁶⁴.

⁶⁴ Resulta particularmente interesante por su relación con el tema que nos ocupa, la obra de P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad y fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, prólogo de A. López Pina, traducción española de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, D.L., 1998. Pueden consultarse también: la recopilación realizada por M. CATTANEO, *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione Francese: atti del Colloquio internazionale, Milano, 1-3 Ottobre 1990*, Milano, Giuffrè, 1992; J. BIDET y J. TEXIER, *Liberalisme, société civile, état de droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

Esta estructura de la división de poderes sería completada como novedad con un “poder neutro” que correspondería al rey, cuya única misión sería la de supervisar que los otros poderes operen correctamente dentro de sus respectivos ámbitos, y resolver los posibles conflictos que pudieran plantearse entre ellos sin invadir nunca sus competencias. Existiría además un “poder municipal” independiente del poder central que vendría a hacer de dique de contención ante las eventuales ambiciones centralistas de éste, en línea con la tradición federalista.

Este complejo sistema de órganos-poderes serviría de garantía de los derechos del individuo y, principalmente, de la libertad política cuyo cauce de expresión sería la asamblea, encargada de recoger las demandas de la opinión pública y de participar de la formación de la voluntad del Estado.

Este modelo sería expresión de una alta parlamentarización del Estado bajo el primado de la libertad individual, que encuentra su plasmación más genuina en la “reserva de ley” la cual pone de manifiesto la preeminencia de unas libertades originarias que, no obstante el reconocimiento de su papel esencial, se verían disueltas en la garantía legal y no cumplirían por tanto en sí mismas consideradas ninguna función limitadora.

Por último y en sintonía con la línea argumentativa mantenida hasta este momento, podemos concluir que el modelo de legalidad liberal no va a suponer en absoluto la desaparición del Estado burocrático preliberal, antes bien lo aprovecha y lo refunda.

- El *Rechtsstaat*

En el *Rechtsstaat* el principio de legalidad es aceptado como un autovínculo del Estado, no como un principio limitador de la acción del mismo derivado de normas preconstituidas.

Falta en el modelo alemán de Estado de Derecho la idea de libertad política, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que halla su fundamento en el carácter impersonal del poder. Soberano no sería ni el rey ni el pueblo sino el Estado que los sintetiza y los supera, al cual deben servir y contra el cual no caben derechos originarios porque su soberanía es ilimitada. Ahora bien, el Estado actuará sólo en la forma y límites del Derecho que garantiza a los ciudadanos su libertad jurídica, la cual les es concedida por el propio Estado. Vemos que en última instancia la esfera individual aparece protegida en tanto en cuanto expresa también estatalidad. El verdadero protagonista sería aquí el Estado y el individuo lo sería en tanto que subsumido en él.

Es fácil comprender entonces que el Estado pueda interferir los derechos subjetivos siempre que lo justifique con una ley general, lo cual nos lleva a hacer la siguiente reflexión: se hace imprescindible controlar al ejecutivo (a la administración) para que no viole las leyes abstractas y generales establecidas por el legislativo, y para garantizar la eficacia de las libertades jurídicas del ciudadano. Ahora bien, ¿qué órgano debería ejercer ese control?, ¿un órgano político o un órgano judicial independiente?. Mientras que en Francia el Consejo de Estado hizo prevalecer la política sobre el Derecho, en Alemania, y por influencia de Rudolf Von Gneist⁶⁵, se llega a una solución intermedia en virtud de la cual se apuesta por Tribunales administrativos pero independientes, dotados de una real libertad de juicio (que

⁶⁵ Ver R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat*, Berlin, Julius Springer, 1872; *ID.*, *Lo stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, traducción italiana de I. Artom, Bologna, Nicola Zanichelli, 1844

por otra parte harán evolucionar la Jurisprudencia administrativa continental).

Estamos por tanto ante un concepto del Estado de Derecho o de justicia en la administración que se orienta hacia una consideración de la justicia administrativa con exclusión de la justicia constitucional, es decir, que limita la “justicia” al campo administrativo excluyendo el constitucional, de tal manera que el poder del Estado no conocerá limitación alguna salvo que ésta tenga carácter procedimental. La justicia administrativa conformaríase entonces como un conjunto de límites formales que, como tales, podrían frenar u obstaculizar un eventual abuso de poder pero no “limitar”, de modo que los derechos de los individuos serían, como señalamos anteriormente, sólo el fruto de una autolimitación por parte del Estado.

En definitiva, si el Derecho se limita a canalizar o estatuir el modo de manifestarse o ejercerse la fuerza

creando así un orden meramente formal, entonces el Derecho no sirve como límite real al ejercicio del poder que, en todo caso, se autolimitará si quiere. Es lógico por tanto que desde la teoría del Rechtsstaat no se halla afirmado jamás el principio liberal de que el Estado debe limitarse a aplicar el ordenamiento jurídico, sin fines administrativos, o solamente a tutelar los derechos de los individuos. Podría llegarse así a una especie de “despotismo jurídico” y es que, en efecto, la concepción del Rechtsstaat que madurará en el positivismo jurídico va a sostener un concepto de ley en términos absolutamente voluntaristas, considerando que el poder es *legibus solutus*, que la ley es la orden del soberano (el Estado) y que el Derecho se reduce a fuerza, lo cual nos conduce a una confrontación directa entre poder y derechos individuales.

- El *Rule of Law*

Si en la Alemania del Rechtsstaat el protagonista era el individuo subsumido en el Estado, en Inglaterra lo será el individuo subsumido en sus “rights”. Bajo este modelo se pretende combatir todo arbitrio por parte del gobierno contra los derechos legales de los ciudadanos, y garantizar su igualdad ante la ley⁶⁶.

Según este sistema del “rule of law” la ley es, además de *voluntas* (aspecto formal), *ratio* (aspecto material), porque si se entendiese que la ley es sólo *voluntas*, es sólo formal, se correría el riesgo de verla cercada por las eventuales mayorías parlamentarias, siendo así abocados a la confusión entre legislar y ejecutar, y viendo desvirtuada la

⁶⁶ Ver al respecto, entre otros, las obras de G. RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, anotaciones y epílogo del Dr. H. Scholler, traducción española de J. C. Peg Ros, estudio preliminar de M. Ayuso, Madrid, Marcial Pons, 2001; A. C. PEREIRA MENAUT, *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2003.

“justicia administrativa” desde el momento que podrían emanarse leyes con contenido administrativo (decretos con forma de ley), todo lo cual llevaría al ciudadano a verse privado de una tutela jurídica eficaz.

Es importante destacar aquí que, mientras las culturas alemana y continental tienden a unificar Estado y Derecho en el ordenamiento jurídico, la inglesa prescinde del concepto “Estado” y postula la autonomía y superioridad del Derecho, así como la igualdad de los ciudadanos con el Gobierno frente a Tribunales ordinarios, excluyendo drásticamente la posibilidad tanto de un Derecho como de unos Tribunales administrativos al estilo francés (que ponían el acento en el componente político antes que en el jurídico). Según la formulación dada por Dicey en 1885, las leyes o normas constitucionales inglesas (que en otros países vienen recogidas en Constituciones escritas), no son la fuente sino la consecuencia de los derechos subjetivos de los individuos tal y como son definidos y garantizados por

los jueces. La Constitución derivaría por tanto de las normas ordinarias⁶⁷.

El “rule of law” así entendido, al modo de Dicey, no resultará operativo en las sociedades desarrolladas: En el siglo XX, con la extensión de las actividades económicas y sociales de los Gobiernos laboristas, la formulación de Dicey del “rule of law” resultará inaplicable a causa de la necesidad de instituciones capaces de someter a control efectivo la maquinaria burocrática propia de una sociedad desarrollada.

Concluyendo, la concepción inglesa del poder se basa en la limitación de éste por la ley, lo cual la sitúa en el polo opuesto a la concepción alemana del poder como *legibus*

⁶⁷ Ver A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, introducción de E. C. S. Wade, London, McMillan & Co., 1961; *ID.*, *Lectures on the relation between law & public opinion in England during the nineteenth century*, prefacio de E. C. S. Wade, London McMillan & Co., 1962.

solutus . “Rule of law” significa supremacía de la ley del Parlamento sobre los actos procedentes de cualquier otro órgano de poder, y los límites implícitos a esa supremacía se encontrarían en el contexto estratificado de derechos y garantías procesales.

3.- TEORÍAS DEL ESTADO LIBERAL. HOBBS Y LOCKE

3.1.- INTRODUCCIÓN: EL SUJETO Y SU PROYECTO RACIONAL DE HUMANIDAD. EL CONTRATO SOCIAL

Retomando la exposición en el ámbito del sujeto, partiremos ahora de un presupuesto ya analizado en el primer apartado del epígrafe anterior, a saber, la existencia de dos esferas claramente diferenciadas: espacio público y espacio privado, distinción que nos servía para fundamentar la afirmación del *individuo* como sujeto en sí mismo considerado.

A esto debe añadirse que el orden estatal va a empezar a ser entendido como *proyecto racional* de la humanidad en torno al propio destino terreno, destino que se supone consiste en la supervivencia y creciente bienestar.

Si ahora relacionamos ambas afirmaciones, vemos cómo inmediatamente aparece un nuevo concepto, a saber, el del *contrato social*; mediante este contrato pasaríamos del incivil estado de naturaleza al estado o sociedad civil como símbolo de la toma de conciencia por el hombre de los condicionamientos materiales a los que se halla sujeta su vida en sociedad, y de la capacidad de que él mismo dispone para controlar, organizar y utilizar esos condicionamientos en su beneficio, es decir, en beneficio de esa supervivencia y creciente bienestar de que hablábamos. En este sentido, y a pesar de que el autor no es propiamente hablando un contractualista sino, como tendremos ocasión de ver, un demócrata, resultarán ilustrativas las siguientes palabras de J.J. Rousseau:

“Parto de considerar a los hombres llegados a un punto en el que los obstáculos que dañan a su conservación en el estado de naturaleza logran superar, mediante su resistencia, la fuerza que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. Desde ese momento tal estado

originario no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser.

Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservarse que constituir, por agregación, una suma de fuerzas que pueda exceder a la resistencia, ponerla en marcha con miras a un único objetivo, y hacerla actuar de común acuerdo.

Esta suma de fuerzas sólo puede surgir de la cooperación de muchos, pero, al ser la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación, ¿cómo puede comprometerles sin perjuicio y sin descuidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad en lo que respecta al tema que me ocupa puede enunciarse en los siguientes términos:

«Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede

tan libre como antes». Este es el problema fundamental que resuelve el contrato social”⁶⁸.

Dejando por el momento a Rousseau pero sin abandonar la reflexión sobre las teorías contractualistas, resulta conveniente para la exposición que definamos el contrato social, de modo genérico, como el acuerdo voluntario que determina las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con el Estado. Lo definitivo en esta definición es que parte de una concepción del individuo como sujeto moral libre que, mediante ese acuerdo voluntario en que consiste el contrato social, decide obligarse políticamente.

Dónde situar el origen y las condiciones de esa obligación política es la preocupación que vienen arrastrando todos los estudiosos del Estado desde la antigua Grecia, pero sólo aparecerá formulada de modo sistemático a finales del siglo XVI de la mano

⁶⁸ J. J. ROUSSEAU, *Oeuvres complètes: T. III, Du contrat Social. Écrits politiques*, 1762, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1975, Libro I, cap. VI.

de los autores protestantes, cuya principal preocupación era en ese momento encontrar un principio “democrático” con el que oponerse a la teoría autoritaria del derecho divino de los reyes, lo cual no era sino la consecuencia directa de trasladar al campo político su concepto de autonomía moral del individuo. Ya en los siglos XVII y XVIII la cuestión del pacto social se hará inseparable de la doctrina del Derecho natural, siendo las principales teorías al respecto las sostenidas por Hobbes y Locke en Inglaterra y por Rousseau en Francia⁶⁹.

Nos detendremos primero en la teoría política de Hobbes, desarrollada en la primera mitad del siglo XVII, por la importancia que sus ideas van a adquirir en los siglos venideros y, sobre todo, por la repercusión que tuvieron en la construcción de la teoría del Estado.

⁶⁹ Ver al respecto, *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, dirigida por L. Firpo, vol. 4, *l'Età moderna, T. I*, a cargo de N. Bobbio, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987. Asimismo, G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato Moderno*, a cargo de L. Firpo, Napoli, Guida, 2000.

3.2.- HOBBS

Comenzaremos diciendo que tanto el sistema hobbesiano como las teorías iusnaturalistas derivaban sus principios básicos de la naturaleza humana, de la cual deducían las normas a las que debía ajustarse el Derecho y el Gobierno. Ahora bien, entre uno y otros existe diferencia:

Para los iusnaturalistas, la Ley o Derecho natural en ética y jurisprudencia equivale a normas percibidas por la intuición a partir de valores trascendentes que son fines en sí mismos y que constituyen el objetivo del Derecho natural, a saber, el logro de una vida humana y civilizada mediante la imposición de las condiciones morales básicas para su consecución. Este objetivo o fin ejerce de regulador ético del Derecho positivo⁷⁰.

⁷⁰ Sobre el Derecho natural resulta particularmente interesante la obra de L. STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.

Para Hobbes⁷¹, la naturaleza en general y la naturaleza humana en particular es un sistema de causas y efectos. Lo que determina la conducta humana es el mecanismo psicológico del animal humano, y en la medida en que esto es así, su conducta social (que no es sino el caso particular de la conducta humana cuando el hombre actúa con referencia a los demás), será la resultante de sus acciones y reacciones recíprocas; por tanto, para obtener una unión estable habrá que buscar las causas que generen un tipo de conducta cooperativa antes que perderse en elucubraciones de carácter teleológico sobre la justicia y la honestidad.

El Derecho natural no puede por tanto responder sino a principios mecánicos, y su construcción debe ajustarse al método científico basado en un sistema deductivo a partir de postulados

⁷¹ Por su especial vinculación con el tema, citamos a continuación las siguientes obras del autor: T. HOBBS, *Del Ciudadano y Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, traducción española de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1987; *ID.*, *Tratado sobre el cuerpo*, traducción española de J. Rodríguez Feo, Madrid, Trotta, 2000; *ID.*, *Elementos de Derecho natural y político*, prólogo por D. Negro Pavón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

evidentes por sí mismos (método considerado correcto en el siglo XVII). Fiel a este planteamiento, la Ley de la naturaleza se configura como el conjunto de normas mediante las cuales un ser idealmente razonable busca su propia ventaja con plena conciencia de todas las circunstancias en que actúa y de no estar en absoluto afectado por ninguna clase de prejuicios o impulsos momentáneos, es decir, considerando con total imparcialidad sus relaciones con otros hombres en todos los aspectos que puedan influir en su propia seguridad. Las Leyes naturales exponen por consiguiente condiciones hipotéticas, causal y racionalmente determinadas, con arreglo a las cuales es posible establecer un sistema moral y jurídico válido (una ley de la conducta humana) y fundar un Gobierno estable (mediante la formulación de las condiciones que hacen a las sociedades estables)⁷².

⁷² Podría argumentarse en contra de este sistema de conocimiento que no es correcto en sus principios, desde el momento que se sustenta en la confusión entre el conocimiento lógico matemático y el conocimiento empírico o de los hechos, progresando en línea recta desde la geometría a la física, lo cual no es posible; como tampoco es posible, por tanto, concebir la filosofía política como parte de un pretendido corpus mecanicista del conocimiento científico. Un tal

Subyace en este planteamiento la creencia de que el motor de la conducta humana funciona según consideraciones acerca de la propia seguridad y su conservación, de tal modo que los demás seres humanos sólo importan en la medida en que afecten a esas consideraciones. Como en términos generales todos los individuos son iguales, ninguno puede estar seguro, por lo que su situación, mientras no haya un poder civil que ponga orden, es una guerra de todos contra todos. Esta sería la descripción del estado del hombre fuera de la sociedad, frente al cual, resultan de mayor utilidad para la propia conservación, la paz y la cooperación que la violencia y la competencia. Así, las Leyes de la naturaleza serían las condiciones para la paz humana que, en forma de preceptos o normas generales, y en la medida en que dictadas por la recta razón residen en nosotros mismos, prohíben al hombre *“hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir*

sistema de conocimiento sólo sería aceptable partiendo de la consideración de la naturaleza humana como un hecho y tomando como instrumento de trabajo la observación, es decir, tomando como base un empirismo similar al desarrollado posteriormente por Hume o Bentham.

*aquello mediante lo cual piensa quedar su vida mejor preservada*⁷³. Mediante esta Ley de la naturaleza el individuo acomete la construcción racional de la sociedad según una consideración inteligente de medios y fines, con el único objetivo de preservar su existencia de la manera más beneficiosa. Esta Ley le permite además operar la traslación de los móviles psicológicos de la acción individual a preceptos del Derecho.

En resumen, el hombre, por ley de su naturaleza, tiene que esforzarse por conseguir su propia conservación y cualquier otra vía que no sea la de la paz y la cooperación resulta a la larga destructora de esa seguridad deseada. Con esta idea construye Hobbes su teoría del contrato, según la cual, considera un deber *“que uno acceda, si los demás consienten también y mientras lo juzgue necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar su derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad*

⁷³ T. HOBBS, *Leviatán*, op. cit., cap. XIV, pg. 128.

frente a los demás hombres, que le sea concedida a los demás con respecto a él mismo”⁷⁴.

Según este planteamiento, la condición primera de la sociedad sería pues el cumplimiento de los pactos; ahora bien, como el propio Hobbes puntualiza más adelante, sólo cabría esperar razonablemente ese cumplimiento en el supuesto de que existiera un Gobierno eficaz, capaz de castigar el incumplimiento, porque los lazos de las palabras son demasiado débiles para frenar la ambición humana, la avaricia, la cólera y otras pasiones de los hombres, si éstos no sienten el temor de un poder coercitivo⁷⁵. Por consiguiente, el contrato consistiría en última instancia en un pacto entre los individuos, en virtud del cual todos renunciarían a tomarse la justicia por su mano sometiéndose a la autoridad de un soberano, *“generándose de esta manera aquel gran Leviatán o más bien aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y*

⁷⁴ T. HOBBS, *Leviatán*, op. cit., cap. XIV, pg. 129.

⁷⁵ T. HOBBS, *Leviatán*, op. cit., cap. XIV, pp. 130 y 137.

nuestra defensa”⁷⁶. De este modo, la existencia del cuerpo social quedaría reducida a la existencia de sus autoridades constituidas, y cualquier derecho del individuo sólo sería predicable por delegación⁷⁷.

Vemos por tanto que toda conducta humana está motivada por el egoísmo individual, que cualquier aproximación a la idea de bienestar social (bien público o voluntad pública) desaparece por completo y se ve reemplazada por la de una suma de intereses individuales egoístas, y que la sociedad se erige como un mero instrumento, un medio, para garantizar un cierto nivel de seguridad personal, teniendo en cuenta además que su función es servir a los sujetos individualmente considerados, como espacio para el intercambio de bienes y servicios, en la medida en que ello les resulta ventajoso.

⁷⁶ T. HOBBS, *Leviatán*, op. cit., cap. XVII, pg. 146.

⁷⁷ Para profundizar sobre este tema, ver la obra de C. SCHMITT, *El Leviatán en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, traducción española de F. J. Conde, Madrid, Haz, 1941.

Hobbes se nos ofrece así como un individualista total y como precedente ideológico del radicalismo filosófico de los utilitaristas⁷⁸. En el plano de la teoría política, el poder del Estado y la autoridad del Derecho se justifican únicamente en la medida en que contribuyen a alcanzar y mantener la seguridad de los individuos; su “legitimidad” reside en su efectividad, siendo así que no existe fundamento racional alguno para la obediencia a la autoridad como no sea la presunción de que una tal obediencia arrojará como resultado una mayor ventaja que su contrario.

⁷⁸ De la amplia bibliografía existente en torno a la figura de Thomas Hobbes, cabe destacar, entre otras, las siguientes obras: F. TÖNNIES, *Vida y doctrina de Thomas Hobbes*, traducción española de E. Imaz, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1932; N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, copyr., 1989; A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Roma, Laterza, 1995; G. GARMENDIA DE CAMUSSO, *Thomas Hobbes y los orígenes del Estado burgués*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973; R. POLIN, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953; L. STRAUSS, *The political philosophy of Hobbes. Its basis and genesis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1963; M. BIANCA, *Dalla natura alla società: saggi sulla filosofia politico-sociale di Thomas Hobbes*, Venezia, Marsilio, 1979.

El Estado queda así reducido a mero artificio, útil en la medida en que cumple su función principal de garantizar la seguridad privada; por tanto, cualquier Gobierno resultará bueno siempre que sea capaz de conservar la paz y el orden. Por su parte, la moral y el Derecho se nos presentan como subproductos de la voluntad pura del soberano, cuyo poder y autoridad son ilimitados, no existiendo ningún otro poder o principio de autoridad, ni ningún Derecho, que el estrictamente permitido por él⁷⁹.

Hobbes confirma de este modo el principio de autoridad centralizada como signo distintivo del Estado moderno, y hace en

⁷⁹ Hobbes pone de manifiesto una verdad que no por conocida deja de ser intencional y conscientemente ignorada u ocultada bajo los auspicios del Estado liberal, a saber, que la soberanía, el poder, el principio de autoridad, son de suyo indivisibles, y que por consiguiente todos los “poderes” necesarios para la gobernabilidad no son sino “instrumentos” al servicio de la misma; de tal modo que legislación, administración de justicia y ejecución de decisiones, son facultades inherentes al soberano (cuestión diferente será dónde hagamos recaer la soberanía) y como tales, instrumentos a su disposición. Los poderes legislativo, judicial y ejecutivo no serían sino un constructo de la imaginación, una ficción, que con mayor o menor fortuna sirven al sostén de la gobernabilidad.

este contexto una distinción tajante entre Derecho civil y Derecho natural: el primero consiste en ser un mandato imperativo sancionado con la amenaza del uso de la fuerza, con la provocación de un mal sobre la persona de aquel que lo infrinja; el segundo, el Derecho natural, es un mero dictado de la razón y como tal, no es Derecho sino en sentido figurado ya que la esencia del Derecho residiría en su carácter imperativo y coercitivo. El único Derecho posible es el de quien tiene el poder, que por tenerlo, puede permitir si le place que persista además la costumbre o que el parlamento dicte leyes con ambiciones normativas, pero lo que confiere el carácter y fuerza jurídicos a las normas es la imposición de su observancia⁸⁰.

Por consiguiente, lógico es afirmar que es su carácter civil lo que define al o a los derechos, y que los mal llamados derechos

⁸⁰ Que esta facultad o poder para imponer coactivamente las normas le sea adjudicada a un monarca o a un parlamento soberano o a alguna otra instancia diferente, es la cuestión que a Hobbes se le queda sin zanjar, aun cuando su mayor pretensión fuera la defensa a ultranza del monarca absoluto.

naturales no son tales sino en la medida en que aparezcan reconocidos en una norma de carácter civil, porque esos derechos “naturales” no cobran realidad hasta que no despliegan sus efectos en la vida civil. No existirían por consiguiente derechos naturales sino derechos civiles. Consecuentemente, la ley civil no puede contradecir a la ley natural por la sencilla razón de que no están en el mismo plano, y con la misma lógica se puede sostener que esas leyes naturales en ningún caso pueden constituir límites a la autoridad del soberano como pensaba Bodino sino que, antes bien, cualquier limitación al poder del soberano tendrá que tener su origen, necesariamente, en el poder de los súbditos, en el espacio civil.

Con estos planteamientos, no es difícil adivinar que Hobbes está dando el portazo a la monarquía absoluta sin él desearlo, al hacer desaparecer todo sentimiento de reverencia o lealtad y al eliminar por completo el poder de la tradición. En relación con esto, es importante señalar que subyace en la filosofía política hobbesiana un hecho histórico fundamental del que ya hemos hablado pero que

ahora interesa recordar, y que consiste en la decadencia experimentada por las instituciones sociales y económicas consuetudinarias características de los dos siglos anteriores. Con ese precedente y apoyándose en el método científico someramente explicado con anterioridad, y respecto al que ahora nos atrevemos a añadir, se desliza desde un empirismo psicológico a un empirismo cuasi metafísico por su concepción del derecho civil; Hobbes, sin quererlo, abre las puertas al espíritu del liberalismo, y es que, en última instancia, la teoría hobbesiana del poder va a servir para sentar las bases de la aparición del pensamiento social y económico que se desarrollará en los dos siglos posteriores, cuyos principales exponentes serán efectivamente el Estado liberal y el espíritu del *laissez-faire*⁸¹.

⁸¹ Para un estudio más amplio del tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras de N. BOBBIO, *Società e Stato nella Filosofia politica moderna: modello giusnaturalistico e modello hegeliano-marxiano*, Milano, Il saggiatore, Cop., 1979; ID., *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, versión española de C. Bayón, Madrid, Debate, 1985.

3.3.- LOCKE

No podemos abandonar esta reflexión sobre el poder sin referirnos a la filosofía política de Locke, la cual se convertiría en fundamento de la Ilustración francesa, poniendo a su disposición la experiencia de la revolución inglesa tanto en su vertiente práctica como en el ámbito de las ideas.

Locke enlaza con la tradición del pensamiento político medieval que llega hasta Santo Tomás y que resultará decisiva en la gestación de los nuevos ideales constitucionales del XVIII⁸². Para esta tradición, eran axiomáticas la existencia de restricciones morales y consuetudinarias al poder; también, aunque a pequeña escala, la responsabilidad de los gobernantes para con las comunidades en las que gobernaban; y por último, la subordinación del Gobierno al Derecho, a un Derecho que es ciertamente inviolable pero a la vez

⁸² Ver sobre esta cuestión, R. W. CARSTENS, *The medieval antecedents of constitutionalism: Thomás Aquinas, John of Paris, Jean Gerson*, New York, Peter Lang, 1992.

derivado de la tarea que tiene que cumplir: garantizar el bienestar de la comunidad.

Estos principios ponen de manifiesto una presunción que ha sido clave a lo largo de toda la historia en el campo de la filosofía política, a saber, la realidad social de la comunidad; y es precisamente esta presunción de una supuesta dimensión social existente de suyo en toda comunidad humana la que Hobbes había desmontado al considerar que tal suposición no era sino una pura ficción montada a partir de la necesidad de los individuos de cooperar entre sí para obtener determinadas ventajas personales, (concretamente, el mayor bien privado compatible con el mantenimiento de la paz), y al dejar sentado que la existencia de una tal comunidad sólo sería posible bajo la sujeción y sometimiento absolutos a un poder soberano⁸³.

⁸³ Ver al respecto, C. B. MACPHERSON, *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford University Press, 1964; W. VON LEYDEN, *Hobbes and Locke. The politics of freedom and obligation*, London, McMillan, 1981; R. HARRISON, *Hobbes, Locke and confusion's*

Con estos dos planteamientos extremos como sustrato ideológico se planteará Locke la formulación de una teoría del Gobierno constitucional basado en la responsabilidad ministerial. Para ello, partirá de la concepción medieval de la sociedad pero expuesta en términos de intereses individuales, en línea con las teorías iusnaturalistas del momento. Los principios enunciados por Locke en sus “Two Treatises of Government”, escritos en 1.681 aproximadamente⁸⁴, se convertirán en axiomáticos para la crítica política y social del XVIII⁸⁵. Consistían estos principios en lo siguiente:

masterpiece: an examination of seventeenth-century political philosophy, Cambridge (U. K.), New York, Cambridge University Press, 2003.

⁸⁴ J. LOCKE, *Two treatises of government; Essay concerning certain false principles; Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, edición crítica e introducción por P. Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1967. Ver además, *ID.*, *Essays on the law of nature*, texto en latín y traducción, introducción y notas por W. Von Leyden, Oxford, Clarendon Press, 1988.

⁸⁵ En este siglo el cartesianismo va a ser visto como una especie de escolasticismo, dejando paso a la filosofía de Locke y a la ciencia de Newton, cuya exposición de las leyes mecánicas de la física con independencia de las

1°.- La Ley natural proporciona una regla de vida adecuada, un sistema completo de derechos y deberes humanos, sin necesidad de añadir ninguna verdad revelada o sobrenatural.

2°.- Esa Ley está impresa por igual en el espíritu de todos los hombres, de tal manera que los derechos humanos en ella contenidos se convierten en atributos propios del individuo al que son inherentes. Tales derechos son racionalmente evidentes por sí mismos y anteriores a la sociedad. Para Locke, el derecho natural por antonomasia, después de la vida y la libertad, es la propiedad, a

condiciones espacio-temporales, hacía pensar en la posibilidad de tratar los fenómenos políticos y sociales con la misma generalidad.

Recordemos brevemente que el método introducido por Newton en la Ciencia de la naturaleza consiste en investigar, mediante experiencias seguras y con ayuda de la geometría, las reglas con sujeción a las cuales se desarrollan en la naturaleza ciertos fenómenos; y, aunque no sea posible descubrir las primeras causas de esas reglas en los cuerpos, resultará indudable que actúan con arreglo a las mismas, consistiendo por tanto la explicación de los fenómenos naturales en hacer ver claramente cómo se hallan encuadrados dentro de aquellas reglas bien probadas.

la que define como “derecho a los objetos transformados con el propio trabajo, porque a ellos se extiende la propia personalidad”.

Locke entiende que el estado de naturaleza es uno de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación, antes que de guerra de todos contra todos, y que su único defecto es carecer de una organización que ponga en práctica las normas de justicia. De esta forma, el Derecho positivo nada añadiría a las cualidades éticas de la comunidad ni a los derechos individuales⁸⁶ (ni mucho menos los constituiría como parece que pensaba Hobbes según su teoría del derecho civil), y ningún Gobierno podría desafiarlos.

⁸⁶ Postura adoptada por Santo Tomás respecto a la relación Derecho-Moral. Para profundizar sobre este tema se pueden consultar las siguientes obras, entre otras: *Sto. Tomás de Aquino, Escritos políticos, selección de textos e introducción* por A. PASSERIN D'ENTREVES, adaptación española de C. Folache Zapata, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1962; B. ROLAND-GOSSELIN, *La doctrine politique de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Marcel Rivière, 1928; y naturalmente TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, Tratado de la Justicia, Tomo VIII*, texto latino de la edición crítica Leonina, traducción y anotaciones por F. Barbado Viejo, introducción general por S. Ramírez, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.

En virtud de ello, habría que proceder a la constitución de un cuerpo social en el que la clave del éxito y la riqueza fueran la energía y capacidad individuales. Consecuentemente, en este cuerpo social la función del Gobierno vendría limitada a garantizar la libertad, la seguridad y el goce de los bienes propios, así como de todos los derechos naturales innatos, inviolables e inherentes a cada individuo (vida, libertad y propiedad fundamentalmente). Ello supondría la abolición de privilegios y monopolios, y la garantía de que ninguna forma de abuso o tiranía sería consentida, en consonancia con ese carácter inviolable de los derechos que los convierte en títulos intocables tanto frente a la sociedad como frente al Gobierno, los cuales (sociedad y Gobierno) existen sólo para protegerlos y sólo pueden limitarlos en la medida en que sea necesario hacerlo para garantizar los derechos igualmente válidos de los demás.

Un tal Gobierno habrá de ser por fuerza representativo y responsable porque tanto la sociedad civil como el poder que deba gobernarla tendrán que ser fruto del consentimiento de cada uno de

sus miembros. El poder civil existe, pues, en tanto en cuanto deriva de los derechos individuales y, los poderes ejecutivo y legislativo empleados por el Gobierno no son sino fruto de la delegación de esa legítima parcela de poder que cada hombre tiene por naturaleza y a la que se ha convenido en denominar “derechos”. Naturalmente, esa delegación, efectuada por cada individuo en particular, es condicional, en tanto en cuanto puede y debe ser retirada en el momento en que no se cumpla la expectativa para la que se realiza, a saber, preservar la vida, la libertad y la propiedad de cada individuo. Vemos claramente que en el sistema diseñado por Locke, la única justificación posible a la existencia del poder civil es la de constituir un modo mejor de proteger los derechos naturales de los individuos que la acción directa de cada uno de ellos⁸⁷.

⁸⁷ Esta idea de Locke (además de muchas otras) se ve reflejada en el pensamiento político del escritor inglés Thomas Paine, quien sostenía que si bien el Estado puede ser necesario eso no lo convierte en menos malo. Ver al respecto T. PAINE, *Political Writings*, edited by B. Kuklick, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Pues bien, este es el pacto original por el que los hombres se unen en sociedad, *ingresan en una república o la constituyen*. Trátase de un pacto por tanto sometido a condición. Ahora bien, ¿cómo resuelve la comunidad de individuos “firmante” del pacto, sus discrepancias respecto al cumplimiento o no de esa condición, de cara a una eventual retirada de su confianza al poder? Locke responde a este interrogante mediante la hipótesis de que el consentimiento que origina el pacto, por el cual los individuos convienen en constituirse en un cuerpo políticamente organizado, lleva consigo la obligación de someterse a los acuerdos de la mayoría. De este modo, y sin que exista una concatenación lógica demasiado clara por parte de Locke, la ficción del contrato social se complementa con otra nueva ficción, la del consentimiento unánime, que consiste en identificar (¿o confundir?) el acuerdo unánime con el acuerdo de la mayoría.

Esta ambigüedad o indefinición en el tema tendrá serias repercusiones en el ámbito del Derecho Constitucional porque, del tratamiento y contenido que se les dé a estos conceptos, y sobre

todo a los de “pacto social” y “Constitución”, dependerá la identificación o diferenciación de uno y otro, y de ello a su vez dependerá la posibilidad o imposibilidad de reformar las Constituciones ante las acuciantes circunstancias de la realidad práctica y del devenir histórico. Como vemos, la trascendencia del tema no es menor y aunque será tratado en profundidad en la segunda parte de esta tesis, merece la pena detenerse ahora en ello⁸⁸.

La clave del asunto reside en el siguiente hecho: si identificamos la firma del pacto social por cuya mediación surge la sociedad civil (es decir, el contrato social), con el acto constitucional por el cual la comunidad se constituye en cuerpo político y se da una Constitución, entonces, las condiciones que se establezcan para modificar el contrato social habrán de ser las mismas a seguir para reformar la Constitución; y si para la firma de aquél se exige el

⁸⁸ Un análisis crítico de la teoría lockiana del contrato lo encontramos en la obra de M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª Ed., Paris, Sirey, 1929, pg. 94.

consentimiento unánime de todos y cada uno de los individuos, para la reforma de ésta también. Este sería en cierto modo el resultado de la postura mantenida, entre otros, por Rousseau⁸⁹, que conduciría directamente, ante la práctica imposibilidad de obtener un consenso unánime, a la inmutabilidad de la Constitución y con ello a un callejón sin salida muy poco conveniente para los procesos revolucionarios burgueses que se están sucediendo en el momento en que la cuestión se plantea, a finales del s. XVIII, sobre todo en Francia.

⁸⁹ Como hemos señalado anteriormente y tendremos ocasión de ver inmediatamente al analizar más en detalle la filosofía política de Rousseau, éste no es propiamente hablando un contractualista. Rousseau considera que la sociedad no nace de ningún pacto sino que el hombre tiende “naturalmente” a vivir en sociedad. El único pacto que Rousseau considera es aquél que viene a insuflar vida a ese cuerpo político que ya existe de suyo. Es decir, que el pacto consistiría en el acto por el cuál la sociedad (persona moral preexistente, dotada de una voluntad propia “general” que es la fuente del derecho), organiza su convivencia; tendría una función o carácter meramente explicativos o pedagógicos, en absoluto constitutivos tal y como sí lo consideraron Hobbes y Locke que sí eran auténticos contractualistas. Es por esta razón que decimos que Rousseau era un demócrata antes que un contractualista, aunque se puedan ser ambas cosas que no era el caso de Rousseau.

Ante esta tesitura, y para resolver la situación cómoda y convincentemente, los teóricos del pacto (Valdruche, Romme, Isnard, entre otros) procederán rápidamente a “distinguir categorial y cronológicamente tres supuestos distintos: Declaración de Derechos, que es lo primero; en segundo término, el pacto social, por el que se crea el cuerpo político, y, por último, el acto constitucional por el que se organiza el Estado y se controlan sus poderes. Con lo cual, el acto constitucional (la Constitución), siendo «una magnífica y espléndida creación del espíritu humano», no por ello se convierte en su definición conceptual en un supuesto, que, por requerir la unanimidad, se transforma en inmodificable. La unanimidad, que se sigue considerando necesaria para la firma del pacto social, ya no se exigiría para el acto constitucional que, de esta suerte, podría aprobarse o cambiarse por mayoría”⁹⁰. Esta dirección es también la que había tomado Locke cuando afirma en

⁹⁰ La cita pertenece a P. DE VEGA, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pg. 56, quien a su vez recoge una referencia de la obra de J. WYSE, *A vindication of New England Churches*, publicada en Boston en 1772.

su *Segundo Tratado* que sociedad y Gobierno son cosas diferentes, y que una revolución política que disuelve un Gobierno no implica por lo general la disolución de la comunidad regida por ese Gobierno.

Concluyendo, Locke hereda de Hobbes la idea de que la delegación de poder hecha por la comunidad para la formación de un Gobierno, una vez realizada, priva a dicha comunidad de ese poder; y lo que él añade es el carácter fiduciario de tal Gobierno, que sólo conservará ese poder delegado en tanto cumpla con sus deberes.

Lo que intentaba Locke en definitiva era dar cuerpo a la idea de un Gobierno *responsable* y justificar, en última instancia, el derecho de resistir al tirano, el derecho moral a la revolución; todo

ello en consonancia con los acontecimientos que se están produciendo en la Inglaterra de la última década del siglo XVII⁹¹.

Veamos a continuación qué sucede en Francia

⁹¹ Para profundizar en el estudio del pensamiento político y jurídico de John Locke, veáanse, entre otras, las siguientes obras: J. W . GOUGH, *John Locke's political philosophy: eight studies*, Oxford, Clarendon Press, 1974; R. POLIN, *La politique morale de John Locke*, Paris, J. Vrin, 1960; N. BOBBIO, *Locke e il Diritto naturale*, Torino, G. Giappichelli, 1963.

4.- ROUSSEAU. LA CRISIS DEL DERECHO NATURAL; SUJETO POLÍTICO Y VOLUNTAD GENERAL

4.1.- CRISIS DEL DERECHO NATURAL Y SUJETO POLÍTICO

En el siglo XVIII acontecerá la crisis del Derecho natural como consecuencia de, primero, el progreso general del método empírico; y segundo, el reemplazo del patrón racional del bien intrínseco buscado por la teoría del Derecho natural (patrón que suponía la afirmación de una lista de derechos naturales evidentes por sí mismos), por una concepción utilitarista del valor moral, político y económico, que llevaría a Hume a mediados de siglo a prescindir por completo de la teoría del Derecho natural⁹². Y es que las ideas

⁹² No podemos entrar aquí en el estudio pormenorizado del pensamiento de David Hume, por ello remitimos a sus obras fundamentales en relación con el tema; en este sentido, ver: D. HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, traducción española de Jaime de Salas Ortueta, Madrid, Alianza Editorial, 1980; *ID.*, *Tratado de la naturaleza humana*, estudio preliminar,

éticas y políticas, que habían encontrado su fundamento en la capacidad intuitiva de la razón para captar principios evidentes por sí mismos, necesitaban de revisión, y en esta revisión ocupará un lugar principal el escepticismo de Hume, para quien el “reflejo condicionado” y el principio explicativo de la “asociación de ideas” o “asociacionismo” serán a la psicología lo que la “masa” y la “atracción de la gravedad” a la física⁹³.

En esta línea de pensamiento, el utilitarismo francés acabará por sostener que el interés egoísta es el principio primero de conducta de las Ciencias morales, igual que el movimiento lo es de la física; por tanto, cualquier hombre considerará bueno lo que cree conduce a sus intereses, y cualquier grupo considerará “moral” lo que cree conduce al interés general, siendo así, que el único patrón racional

traducción y notas por F. Duque, Madrid, Tecnos, 1998; *ID.*, *Ensayos*.

Políticos, estudio preliminar de J. M^a. Colomer, traducción española de C. Armando Gómez, Madrid, Tecnos, 1987.

⁹³ Ver al respecto la *Investigación III* de la obra de D. HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, op. cit. En el mismo sentido, *ID.*, *Tratado de la naturaleza humana*, op. cit., Libro I: *Del entendimiento*, pp. 29 y ss.

de conducta posible será el mayor bien del mayor número. La “moralidad” se predica pues en términos de coordinación del interés particular con el general, de confluencia entre la felicidad particular y el bienestar público, y esta sería exactamente la tarea del legislador para cuyo cumplimiento dispondrá además de un complejo sistema de penas y castigos fundamentado en el uso racional de las sanciones a partir del principio de *utilidad*⁹⁴, teniendo en cuenta que la clave del sistema reside en la acertada comprensión del “verdadero” interés, sólo alcanzable mediante la difusión del conocimiento, mediante la ilustración: es lo que se ha venido a denominar “egoísmo ilustrado”⁹⁵.

⁹⁴ Un tal uso debería responder a la siguiente regla: que el daño ocasionado por el castigo sea superior al beneficio obtenido con la comisión de la ofensa, tratando siempre de que dicha superioridad sea lo menor posible en relación al mal provocado por esta última.

⁹⁵ Una formulación clara de esta teoría la encontramos en la obra de C. A. HELVETIUS, *De l'esprit*, Francia, Fayard, cop., 1988, de donde la tomarán por su parte J. BENTHAM en *An introduction to the principles of morals and legislation*, edición de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996; y C. BECCARIA en *Dei delitti e delle pene*, Obras completas, Vol. I, Milano, Mediobanca, 1984.

En esta línea, el programa del utilitarismo continuará con la defensa a ultranza de los derechos individuales y con la creencia en el liberalismo como panacea política y económica, bajo la convicción de que los intereses públicos deben concebirse en términos de bienestar privado.

No obstante, Francia y los franceses, mucho más próximos en un sentido amplio a la interpretación especulativa que a una apreciación pragmática del mundo, se decantarán por concederle a la razón el primer plano indiscutible, en claro enfrentamiento con la costumbre y la realidad, como nunca lo había estado en Inglaterra. El pensamiento político adquiere así un carácter apriorista y dogmático, y la apelación a la razón se convierte en lugar común como fundamento de la creencia en la posibilidad del progreso y la felicidad humanos⁹⁶.

⁹⁶ Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: R. NISBET, *Historia de la idea de progreso*, traducción española de Enrique Hegewick, Barcelona, Gedisa, 1981; J. B. BURY, *The idea of progress: an inquiry into its origin and growth*, introducción de Ch. A. Beard, New York, Dover, cop., 1960; Ch. FRANKEL, *The faith of reason: the idea of progress in*

En este ir y venir de corrientes de pensamiento diferentes y encontradas hemos de situar la figura de Rousseau, cuyo estudio nos interesa, entre otras razones, para después entender mejor a Kant quien, si bien se puede decir sitúa sus planteamientos teóricos prácticamente en el polo opuesto, reconocerá haber aprendido de Rousseau el valor de la voluntad moral y de los sentimientos morales del hombre, poniéndolo de manifiesto en su ética, tal como tendremos ocasión de ver con detalle en el epígrafe final de este punto al estudiar la influencia de Rousseau en el pensamiento kantiano.

Por el momento, centrémonos en el análisis de algunas de las ideas fundamentales contenidas en las obras de Jean Jacques Rousseau, que por su relación con el tema revisten particular interés.

the French Enlightenment, New York, King's Crown Press, 1948; G. SASSO, *Tramonto di un mito: l'idea di progresso fra Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, cop., 1984.

4.1.1.- CULTURA Y NATURALEZA

Rousseau acomete una revolución total de los valores filosóficos desde el momento que invierte los términos del pensamiento ilustrado negándole a la razón su papel protagonista en la obra de liberación de la humanidad respecto a las servidumbres de la tradición y la autoridad; liberación que una vez alcanzada (según creencia de la mayoría de los pensadores ilustrados) por medio de la razón, el conocimiento y la ilustración, colocaría al hombre en posición de ser libre para acomodarse a los dictados de la naturaleza.

Pues bien, esta creencia que en última instancia servía de fundamento al sistema del Derecho natural, es desmontada por Rousseau a lo largo de su obra, comenzando por su primer Discurso que versa sobre las Ciencias y las Artes fechado en 1750⁹⁷. En este

⁹⁷ J. J. ROUSSEAU, *Discours sur les sciences et les arts*, en *Oeuvres Complètes*, T. III: *Du contrat social. Écrits politiques*. París, Gallimard,

Discurso Rousseau desliga radicalmente razón y naturaleza, afirmando con rotundidad que las Ciencias y las Artes *desnaturalizan*. Se trata de un ensayo sobre la desnaturalización que produce la cultura en el hombre, y su objetivo principal es plantar el problema moral de la cultura. Rousseau critica ferozmente la idea de progreso tal como la entendían los ilustrados⁹⁸, partiendo de la consideración de que la decadencia de las grandes civilizaciones fue debida precisamente al progreso, es decir, al desarrollo de los conocimientos, las Ciencias y las técnicas, que apartaron al hombre de su estado “natural”.

En este sentido, a la inteligencia y al desarrollo del conocimiento y de las Ciencias, opone Rousseau los sentimientos amistosos, la buena voluntad, o si se quiere, el instinto y la intuición moral.

Bibliothèque de la Pléiade, 1975. Hay edición española a cargo de Mauro Armiño: *Sobre las Ciencias y las Artes*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

⁹⁸ Ver al respecto R. NISBET, *Historia de la idea de progreso*, op. cit., sobre todo la segunda parte, pp. 241 y ss.

En este primer Discurso, que se ocupa fundamentalmente del hombre y sólo del hombre, sin profundizar por ahora en reflexiones de carácter político, sostiene el autor que la causa de la depravación del hombre “natural” es el interés particular, motor del egoísmo y del odio entre los individuos, que sin duda abocaría a una auténtica guerra de todos contra todos si no fuera porque el sentimiento humano de la propia sustancia no va más allá de la mera apariencia, de la pura ostentación. En este sentido dice Rousseau:

“Hoy que indagaciones más sutiles y un gusto más fino han reducido el arte de agradar a principios, reina en nuestras costumbres una vil y falaz uniformidad, y todos los espíritus parecen haber sido arrojados en un mismo molde; sin cesar la cortesía exige, la conveniencia ordena; sin cesar se siguen los usos, nunca el genio propio”⁹⁹.

⁹⁹ Utilizamos para la cita la edición española a cargo de M. Armiño, J. J. ROUSSEAU, *Sobre las Ciencias y las Artes*, op. cit., pg. 175.

Por consiguiente, podemos concluir que la crítica de la sociedad nace de una crítica feroz a la cultura. Es el primer *malestar de la cultura*¹⁰⁰ que arremete contra la Ciencia y las Artes que encadenan al hombre y sólo sirven para justificar el poder y sus vicios. Ahora bien, es importante hacer aquí la siguiente matización de cara a lo que resta de la exposición acerca del pensamiento político de Rousseau: la afirmación de que el hombre está encadenado implicaría que la sociedad es una carga para los individuos, pero el autor sostendrá sin embargo que éstos no son humanos sino en cuanto miembros de una comunidad. La explicación de esta paradoja reside en el hecho de que si bien es cierto que una mala comunidad impone cadenas a sus miembros, ello sucede por ser mala, no por ser comunidad.

Hecha esta precisión, hemos de señalar que este primer Discurso sobre las Ciencias y las Artes halla continuidad en un segundo

¹⁰⁰ Ver sobre este tema la obra de S. FREUD, *El malestar en la cultura y otros ensayos*, traducción española de R. Rey Ardid, L. López Ballesteros y de Torres, Madrid, Alianza Editorial, 1980.

Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, fechado en 1754¹⁰¹, en el cual Rousseau profundiza los anteriores enunciados adentrándose en la trama social. Veámoslo a continuación.

4.1.2.- DESIGUALDAD Y NORMA

El segundo Discurso sobre la desigualdad va a constituir una continuación en la crítica metodológica, moral, política y jurídica a la civilización occidental construida sobre el Derecho natural, así como a los grandes autores iusnaturalistas.

En este sentido y partiendo de una visión ideal del hombre “natural”, se expone cómo éste, paulatinamente, va maleándose a causa de la formación de las sociedades de las que derivan todos los vicios, odios y guerras. Rousseau lo expone así:

¹⁰¹ J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'inegalité*, edición de J. K. Lecercle, París, Éd. Sociales, 1954. Hay edición española a cargo de M. Armiño: *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

“¿De qué se trata entonces exactamente en este discurso? De señalar en el progreso de las cosas el momento en que, sucediendo el derecho a la violencia, la naturaleza fue sometida a la ley; de explicar por qué encadenamiento de prodigios pudo el fuerte decidirse a servir al débil, y el pueblo a comprar una tranquilidad ideal al precio de una felicidad real”¹⁰².

Trataríase por tanto de investigar los fundamentos de la sociedad remontándose para ello hasta el estado de naturaleza, y es precisamente el modo en que los autores iusnaturalistas han acometido esta tarea, lo que Rousseau crítica, centrándose principalmente en las figuras de Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes y John Locke. A todos ellos les acusa de haber transferido al estado de naturaleza ideas extraídas de la sociedad, y

¹⁰² Utilizamos para la cita la edición española a cargo de Mauro Armiño, J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg., 232.

dice literalmente: “*Hablaban del hombre salvaje y pintaban al hombre civil*”¹⁰³.

A Grocio le reprocha haber supuesto en el hombre en estado de naturaleza una noción de lo justo y de lo injusto, impresa en su natural tendencia a vivir en sociedad con arreglo a su entendimiento¹⁰⁴, sin por lo demás aportar prueba alguna al respecto.

Respecto a Pufendorf¹⁰⁵ sostiene que habla de un derecho natural de todos los hombres a conservar lo que les pertenece, sin aportar explicación alguna respecto al concepto de “pertenencia”, y le acusa

¹⁰³ J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg., 233.

¹⁰⁴ Ver H. GROCIO, *De iure belli ac pacis; Del derecho de la guerra y de la paz*, 4 Vols., traducción española del original latino por J. Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, *Prolegomena*, sec. 6.

¹⁰⁵ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo; Le droit de la nature et des gens*, traducción francesa de J. Barbeyrac, Ed. Facs., Caen, Université de Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, Libro IV, Cap. IV y Libro VII, Cap. III.

de asimilar un tal derecho a los dones esenciales de la naturaleza que son la vida y la libertad, al consentir la posibilidad de despojarse de la propia libertad en favor de otro, del mismo modo que es posible transferir los bienes propios en virtud de convenciones y contratos. Lógicamente Rousseau se revela ante esta postura a la que tacha de razonamiento pésimo porque:

“(...) en primer lugar, el bien que enajeno se convierte para mí en una cosa completamente extraña, cuyo abuso me es indiferente, pero sí me importa que no se abuse de mi libertad, y no puedo exponerme, sin hacerme culpable del mal que se me obligará a cometer, a convertirme en el instrumento del crimen. Además, al no ser el derecho de propiedad sino de convención y de institución humana, todo hombre puede disponer a su capricho de lo que posee; mas no ocurre lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza como la vida y la libertad, cuyo goce le está permitido a todos y cada uno y de las cuales es más dudoso que alguien tenga derecho a despojarse. Al privarse de la una uno

degrada su ser; al privarse de la otra lo aniquila tanto como es en sí; y como ningún bien temporal puede resarcir de ninguna de las dos, sería ofender al mismo tiempo a la naturaleza y a la razón renunciar a ellas al precio que fuere”¹⁰⁶.

De Hobbes¹⁰⁷ afirma que se confunde, primero, al concluir que por no tener ninguna idea de la bondad, el hombre es naturalmente malvado, y que es vicioso porque no conoce la virtud; segundo, al introducir inadecuadamente en el cuidado de la conservación de ese hombre salvaje la necesidad de satisfacer una multitud de pasiones que, antes bien, son obra de la sociedad. Porque Rousseau sostiene que la misma causa que impediría a los salvajes usar de su razón, tendría que impedirles al mismo tiempo abusar de sus facultades, tal

¹⁰⁶ J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg., pp. 302, 303. En el mismo sentido se pronuncia el autor en *Du Contrat social*, edición de J. K. Lecercle, Éd. Sociales, París, 1955, Libro I, Cap. IV; edición española a cargo de M. Armiño: *Del Contrato social*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 30 y ss.

¹⁰⁷ T. HOBBS, *Del Ciudadano y Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, op. cit.

como pretende Hobbes, de suerte que los salvajes no podrían ser malvados porque no saben qué es ser bueno, siendo la ignorancia del vicio y la calma de las pasiones, y no *el desarrollo de las luces ni el freno de la ley*, lo que les impide obrar mal¹⁰⁸.

En el mismo sentido, aduce que la guerra de todos contra todos atribuida por Hobbes a los seres humanos en estado de naturaleza, corresponde en realidad a las personas públicas o seres morales denominados soberanos, porque los hombres no luchan en cuanto individuos aislados, sino en cuanto ciudadanos o súbditos¹⁰⁹. En este contexto le acusa también de “*haber hecho nacer el gobierno sin pensar en el tiempo que debió transcurrir antes de que el*

¹⁰⁸ J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pp. 261, 262.

¹⁰⁹ Ver sobre este asunto, J. J. ROUSSEAU, *Escritos sobre la paz y la guerra*, prólogo de A. Truyol y Serra, traducción española de M. Morán, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982; *ID.*, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg. 292.

sentido de las palabras autoridad y gobierno pudiera existir entre los hombres”¹¹⁰.

La sociedad con sus males sería pues la responsable de la perversión de ese hombre “natural” ideal que podría caracterizarse como instintivo y sin ratio aún formada, sin sociedad y sin males; un animal-hombre en definitiva, sin moral (a-moral), al margen de la bondad y la maldad que serían ya conceptos sociales. Así se sostenía en el primer Discurso sobre las Ciencias y las Artes¹¹¹, y así se mantiene ahora.

El tránsito del hombre-natural al hombre-social hallaría su fundamento en un hecho de carácter *sentimental*, en un vínculo psicológico o espiritual, o dicho de otro modo, en una sensibilidad recíproca; porque la base común de la sociabilidad habría que buscarla en el sentimiento (no en la razón). Una vez el hombre entra

¹¹⁰ J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg. 233.

¹¹¹ J. J. ROUSSEAU, *Sobre las Ciencias y las Artes*, op. cit.

en sociedad por tanto según un sentimiento amoroso, acontecería un hecho catastrófico, a saber, el trabajo individual, que si bien en un principio serviría sencillamente a cubrir pequeñas necesidades individuales, acabará derivando en producción especializada, en propiedad y por último en fuente de desigualdad.

Aquí se inscribe precisamente la crítica de Rousseau a Locke y a su filosofía social del individualismo según la cual, recordemos, el fundamento último de la sociabilidad descansa en el cálculo minucioso de la ventaja individual, y el valor de todo grupo social reside principalmente en la protección del derecho inherente a cada uno de sus miembros de poseer propiedad y gozar de ella. Es importante insistir aquí en que mientras que para Locke la propiedad privada constituía un derecho natural, para Rousseau va a ser algo que emerge de las nuevas relaciones de producción, fundantes a su vez de una “legalidad” reguladora de la nueva situación que vendría, en última instancia, a asegurar capciosamente determinadas propiedades a cambio de paz. En este sentido resultarán ilustrativas las siguientes citas:

“(...) competencia y rivalidad por un lado, por otro oposición de intereses y siempre el oculto deseo de lograr un beneficio a costa del otro, todos estos males son el primer efecto de la propiedad y el cortejo inseparable de la desigualdad naciente”¹¹².

“Tal fue, o debió ser, el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevos obstáculos al débil y nuevas fuerzas al rico, destruyeron sin remisión la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y de la desigualdad, hicieron de una hábil usurpación un derecho irrevocable, y sometieron desde entonces, para provecho de algunos ambiciosos, a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria”¹¹³.

¹¹² J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg., 291.

¹¹³ J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pp., 294 y 295.

Por tanto, podría decirse que la propiedad funda un cuerpo legal que se encarna en el Estado para garantizar sus bienes. Ante esta situación, Rousseau defenderá en su siguiente escrito sobre el Contrato Social, acabado en 1761 y que ve la luz en abril de 1762, que es obligación de los gobiernos proveer el bienestar material de los ciudadanos y eliminar las grandes desigualdades en la distribución de la riqueza. En la misma línea llega a afirmar en su Proyecto de Constitución para Córcega¹¹⁴ que el Estado debe ser el único propietario, y en el Contrato Social dice lo siguiente:

“(...) pero como las fuerzas de la ciudad son incomparablemente mayores que las de un particular, la posesión pública es también de hecho más fuerte y más irrevocable (...). Porque el Estado es, respecto a sus

¹¹⁴ J. J. ROUSSEAU, *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, traducción española y estudio preliminar por A. Hermosa Andujar, Madrid, Tecnos, 1988.

miembros, amo de todos sus bienes por el contrato social, que en el Estado sirve de base a todos los derechos”¹¹⁵.

Y es que Rousseau entiende que el derecho de propiedad no es ni puede ser un derecho del hombre como pensaba Locke, sino un derecho social o de ciudadanía, incluso el más sagrado de todos los derechos de ciudadanía¹¹⁶, de tal manera que “*el derecho que cada particular tiene a su propio fondo está siempre subordinado al derecho que la comunidad tiene sobre todos*”¹¹⁷.

En su obra acerca del Contrato social y tomando como punto de partida el mismo que en sus anteriores Discursos, el autor conferirá nuevas miras a sus planteamientos, como tendremos ocasión de ver en los siguientes epígrafes.

¹¹⁵ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro I, Cap. IX. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pg. 45.

¹¹⁶ Ver sobre este punto: J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre la economía política*, traducción española y estudio preliminar de J. E. Candela, Madrid, Tecnos, 1985.

¹¹⁷ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro I, Cap. IX. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pg. 48.

4.2.- EL SUJETO POLÍTICO

Recapitulando, con su desconfianza en la inteligencia racional Rousseau se adelanta a su tiempo anticipando esa filosofía o cuasi religión de los sentimientos que caracterizará en parte al siglo XIX. Una buena muestra de esta forma de pensar nos la ofrece el propio autor con las siguientes palabras:

“A pesar de lo que digan los moralistas, el entendimiento humano debe mucho a las pasiones que, a la recíproca, le deben mucho también; es gracias a su actividad por lo que nuestra razón se perfecciona; sólo tratamos de conocer porque deseamos gozar, y no es posible concebir por qué quien no tenga ni deseos ni temores ha de darse la molestia de razonar”¹¹⁸.

¹¹⁸ J. J. ROUSSEAU, *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, op. cit., pg., 248.

En el mismo sentido:

“(...) meditando sobre las primeras y más simples operaciones del alma humana, creo percibir dos principios anteriores a la razón¹¹⁹, uno de los cuales nos interesa vivamente para bienestar nuestro y para la conservación de nosotros mismos, y el otro nos inspira una repugnancia natural a ver perecer o sufrir a cualquier ser sensible, y principalmente a nuestros semejantes. Del concurso y de la combinación que nuestro espíritu es capaz de hacer de estos dos principios, sin que sea necesario hacer entrar ahí el de la sociabilidad, es de donde me parece que derivan todas las reglas del derecho natural; reglas que la razón se ve luego

¹¹⁹ Se refiere Rousseau a la piedad y al amor de sí mismo, conceptos claves en su pensamiento sobre los que vuelve una y otra vez no sólo en este Discurso sobre el origen de la desigualdad, sino en otras de sus obras como *Emilio, o de la educación, Libro IV*, traducción española y notas de M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1990; *Las ensoñaciones del paseante solitario*, traducción española y notas de M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1979; o *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, traducción española y notas de M. Armiño, Madrid, 1980.

forzada a restablecer sobre otros fundamentos, cuando por sus desarrollos sucesivos termina por ahogar a la naturaleza”¹²⁰.

Rousseau contrapone a la inteligencia racional los sentimientos, las emociones y los instintos, que hacen a los hombres iguales por naturaleza. Este enfrentamiento con la razón coloca a la filosofía de Rousseau en contra del liberalismo tradicional, tanto del de los utilitaristas como del de los iusnaturalistas. Para este autor, el egoísmo racional ilustrado, basado en el cálculo de la ventaja individual como medida del “valor” del grupo social (grupo social que sirve para proteger los valores individuales pero no tiene ningún valor en sí mismo), no es un motivo moral (en esto estará de acuerdo Kant). Según Rousseau, la sujeción política es esencialmente ética, siendo la comunidad el valor moral más elevado; fuera de la comunidad no hay nada moral, todas las capacidades del individuo se despliegan solamente en sociedad y

¹²⁰ J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, op. cit., pg. 224, 225.

fuera de ésta los hombres no tienen cualidades morales; Rousseau nos habla del valor del hombre como ciudadano, lo cual es incompatible con el estado de naturaleza, con el hombre “natural”. Casi no le da importancia al protagonismo del individuo (y del individualismo) y de la libertad personal, ya que una ética de los sentimientos como la que él postula, a lo más, conduce a una doctrina de la igualdad, en tanto en cuanto pone el acento en el carácter *igualmente* innato de las emociones humanas¹²¹. Para

¹²¹ Es importante señalar aquí que esa idea de igualdad que postula Rousseau, basada en el carácter innato de las emociones, es construida desde la subjetividad y por tanto desde la diferencia. La subjetividad se define bajo presupuestos de carácter sentimental y podría decirse que es aquello por lo que uno se considera uno mismo y diferente a los demás. El espacio de la objetividad se abriría de la mano de las sensaciones que dan paso al mundo de la interrelación; en este espacio los demás serían iguales a mí por lo común, es decir, la igualdad se produciría desde lo común, en tanto que en el ámbito de la subjetividad la igualdad se producía desde la diferencia.

Uno y otro planteamientos van a marcar distancias entre el pensamiento de Rousseau y el de Kant quien, partiendo de las sensaciones buscará directamente el espacio de la objetividad para desde aquí descender al mundo subjetivo, en un proceso inverso al de Rousseau. Con este planteamiento, accede Kant a conceptos como el de “norma” y “generalidad” (vinculados en el plano empírico) por un lado, y “ley” y “universal” por otro (vinculados en el

Rousseau lo natural e innato en el hombre no es tanto el egoísmo como la necesidad de vivir en comunidad, porque instintivamente reacciona ante el sufrimiento de los demás; el fundamento de la sociabilidad es por esto el sentimiento y no la razón. Solamente en este sentido se puede decir que los hombres son algo “naturalmente” o “por naturaleza”, se puede decir que son “de buenos sentimientos”; el egoísmo natural es una pura ficción porque todos nuestros pensamientos, todas nuestras ideas, el lenguaje, sólo aparecen cuando aparecen las comunidades. Para Rousseau es falso que la razón por sí sola haya podido unir a los hombres, la razón se despliega dentro y sólo dentro de la comunidad.

Por otra parte, tampoco la semejanza de especie convertiría a los hombres en sociedad, eso sólo es posible, una vez más, por un vínculo psicológico basado en los sentimientos. Dicha semejanza, aun en la hipótesis de que pudiera pensarse su existencia en base a

ámbito de la razón pura); conceptos que escapan a la argumentación rousseauniana varada en el drama de la generalidad.

los sentimientos, no contiene nada que pueda constituir un vínculo de unión “real” entre sus miembros, porque una sociedad tiene que tener por definición cosas comunes: idioma, intereses, etc. y la especie humana, como especie, no tiene nada de eso.

En definitiva, podemos concluir que el gran problema del sujeto político rousseauiano va a ser entonces el de la desigualdad civil, y decimos “civil” porque si la sociedad niega la naturaleza tal como hemos venido explicando, entonces la naturaleza no puede plantear un canon práctico de igualdad; la desigualdad sería así un problema más de la sociedad que no se plantea en la naturaleza, problema al que se enfrentará en última instancia un sujeto que, antes que moral y antes que natural, es principalmente político.

En este contexto, insistimos, los derechos de los individuos tales como la libertad, la igualdad y la propiedad, que el Derecho natural atribuía a los hombres en cuanto tales, serían en realidad derechos de los ciudadanos. Por consiguiente, los hombres llegarían a ser

iguales por convención y por derecho, tal como Rousseau lo expone de la siguiente manera:

“Terminaré este capítulo y este libro con una observación que debe servir de base a todo el sistema social; y es que en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental substituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por convención y de derecho”¹²².

La mención en esta cita extraída del Contrato social, de un “pacto fundamental”, nos lleva a analizar los dos conceptos clave

¹²² J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro I, Cap. IX. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pg. 48.

del pensamiento político de Rousseau, a saber, la voluntad general y el contrato social¹²³.

4.2.1.- VOLUNTAD GENERAL Y CONTRATO SOCIAL

Un paso más en la explicación del hecho social le lleva a Rousseau a servirse de la hipótesis de un pacto que, basado en condiciones universales de legitimidad, le permita explicar el hecho antinatural de la formación de sociedades humanas¹²⁴. La principal novedad aportada por el autor en su teoría del contrato es la del concepto de una “voluntad general” generadora del pacto, para cuya explicación remitimos a las siguientes citas por su claridad expositiva:

¹²³ Un estudio muy interesante acerca de la voluntad general es el realizado por M. HAURIOU, que lleva por título *La Souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, extraído de *Recueil de Législation de Toulouse, 1912, deuxième série, Tome VIII*, pp. 1 a 154.

¹²⁴ Respecto a las diferentes consideraciones del pacto social como acto constituyente, y acerca de la problemática planteada por la noción de poder constituyente, ver la obra de P. DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder constituyente*, op. cit., Cap. 1, pto. 4.

“«Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes». Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social”¹²⁵.

*“Por lo tanto, si se aparta del pacto social lo que no pertenece a su esencia, encontraremos que se reduce a los términos siguientes: **Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo.***

En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación

¹²⁵ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro I, Cap. VI. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pg. 38.

produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma de este modo por la unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad, y toma ahora el de República o de cuerpo político, al cual sus miembros llaman Estado cuando es pasivo, Soberano cuando es activo, Poder al compararlo con otros semejantes. Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de Pueblo, y en particular se llaman Ciudadanos como partícipes en la autoridad soberana, y Súbditos en cuanto sometidos a las leyes del Estado”¹²⁶.

Por tanto, mediante el pacto el individuo se convertiría en ciudadano, ganando con ello su completa libertad al colocar el interés general por encima del suyo particular que se diluye en el

¹²⁶ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro I, Cap. VI. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pp. 39 y 40.

primero, asumiendo así la voluntad general como interés propio. De esta manera, el pueblo como cuerpo político dotado de una personalidad colectiva, deviene inalienablemente soberano; y la comunidad se convierte, por obra del sujeto político, en el valor moral más elevado y en principal espacio de moralización.

Ahora bien, es muy importante en este punto destacar el hecho de que el sustrato teórico y práctico que subyace al concepto de voluntad general es fundamentalmente en Rousseau de carácter político. Él alumbra la noción de generalidad desde el sujeto político, desde el ámbito de lo político en el sentido más clásico del término, no desde el de la moral. Es lo político y la política lo que moraliza, y no al revés. Esto es lo que diferencia, entre otras cosas, a Kant de Rousseau, que mientras el primero buscará en la generalidad un fundamento en última instancia moral, el segundo deja adivinar un fundamento político de la misma (de la moral). Kant traslada a la conciencia lo que Rousseau pone en la sociedad, a saber, el principio de causación según un fin universal de la humanidad. Con este planteamiento teórico, Rousseau hace

descansar cualquier principio de legitimidad en la voluntad general, que es anterior al Estado. Lo legítimo es lo democrático¹²⁷. Legitimidad y legalidad procedimental se funden. Podemos avanzar que para Kant esto resultará sin embargo discutible, ya que la legitimidad estaría puesta antes que nada en la conciencia individual y no tendría por qué coincidir en última instancia con la legalidad; la ley no sería nunca de suyo legítima, sino que hallaría

¹²⁷ Debe entenderse aquí “lo democrático” como “lo general” desde el momento que dicho concepto no se relaciona en Rousseau con el de mayoría, o no al menos con el de mayoría numérica, sino que antes bien aparece vinculado a los de razón y voluntad. Ello supone una importante diferencia entre Rousseau (y también Locke que parte del mismo tandem razón – voluntad) y otros autores como Adam Smith o Bentham para los que la voluntad tiene más que ver con el deseo que con la razón, de tal manera que la “mayoría” respondería según ellos al planteamiento de “lo mejor para *los más* posibles”. Por el contrario, para Locke y para Rousseau, más pendientes de la razón que del deseo, “mayoría” no significaría “los más” sino “lo general”.

Sería una perversión del pensamiento de Rousseau suponer que “lo democrático” se refiere a lo de “los más” y no a “lo general”, ya que tal suposición nos situaría bajo la órbita de un principio de placer, de una voluntad preocupada no tanto de un principio de gobernabilidad como del bienestar del mayor número, teniendo en cuenta que la consecución de ese bienestar o felicidad, cuando es entendido desde el deseo (y no desde la virtud) conduce directamente al “mercado”.

su legitimidad en su cumplimiento desde el momento que en dicho acto el sujeto se convertiría él mismo en legislador, como tendremos ocasión de ver en los siguientes epígrafes¹²⁸.

Por otra parte, es importante señalar que la voluntad general de Rousseau, es decir, la voluntad soberana del pueblo como cuerpo político encarnado en una comunidad así dotada de voluntad propia, no puede por su propia naturaleza ser representada. Tal voluntad soberana sería lógicamente inalienable y no susceptible de ser representada, de manera que quedaría excluida toda posibilidad de gobierno representativo. El único gobierno válido sería la democracia directa en la que los ciudadanos están presentes en la asamblea, y por supuesto, el poder ejecutivo quedaría subordinado como mero agente de la voluntad general, al poder soberano del pueblo:

¹²⁸ Sobre la relación entre Rousseau y Kant en este contexto, ver la obra de E. KRYGER, *La notion de liberté chez Rousseau et ses répercussions sur Kant*, Paris, Librairie A.G. Nizet, 1978.

*“Digo, pues, que no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, jamás puede enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo; el poder puede muy bien transmitirse, pero no la voluntad”*¹²⁹.

En resumen, podría decirse a modo de conclusión, que cabe extraer de la lectura del “Contrato social” lo que de alguna manera podemos llamar el drama constituyente de la generalidad de la voluntad rousseauiana y, buena prueba de ello sería el hecho de que el final de la obra constituye un auténtico esbozo de tratado sobre la religión civil, asunto sobre el cual el autor se muestra así de rotundo:

“ El derecho que el pacto social da al soberano sobre los súbditos no pasa, como he dicho, los límites de la utilidad pública. Los súbditos no deben, por tanto, cuentas al

¹²⁹ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro II, Cap. I. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pg. 49.

soberano de sus opiniones, salvo que estas opiniones importen a la comunidad. Ahora bien, importa mucho al Estado que cada ciudadano tenga una religión que le haga amar sus deberes; pero los dogmas de esta religión no interesan ni al Estado ni a sus miembros sino en tanto que esos dogmas se refieren a la moral y a los deberes que quien la profesa está obligado a cumplir para con otro. Todos pueden tener además las opiniones que les plazcan, sin que corresponda al soberano conocerlas: porque como no tiene ninguna competencia en el otro mundo, cualquiera que sea la suerte de los súbditos en la vida futura no es asunto suyo, con tal que sean buenos ciudadanos aquí abajo.

Hay por tanto en esa profesión de fe puramente civil cuyos artículos corresponde al soberano fijar, no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel”¹³⁰.

¹³⁰ A continuación, Rousseau procede a enumerar los dogmas positivos de la religión civil, de los que lógicamente recomienda deben ser *simples, pocos,*

Por último, es importante apuntar que la diferencia apreciable entre los dos primeros Discursos y el Contrato Social no es en realidad tal diferencia. Se trata simplemente de que mientras en los primeros Rousseau se dedica a criticar una filosofía social con la que no comulga y que es la existente en el momento¹³¹, en el Contrato lo que hace es exponer su propia contra-filosofía. El propio Kant se hará eco de esta aparente contradicción entre los primeros escritos de Rousseau y el Contrato social, argumentando precisamente que tal contradicción no existe:

enunciados con precisión, sin explicaciones ni comentarios. Esos dogmas serían: la existencia de la divinidad poderosa, inteligente, bienhechora, previsora y providente; la vida por venir; la felicidad de los justos; el castigo de los malvados, la santidad del contrato social y de las leyes.

Ver al respecto: J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, op. cit., Libro IV, Cap. VIII. Asimismo, *Del Contrato social*, op. cit., pp. 163, 164.

¹³¹ El individualismo, representado fundamentalmente en el pensamiento de Locke, según el cual y como ya hemos explicado, el valor del grupo era la felicidad de sus miembros y particularmente la protección del derecho inherente a la propiedad; resultando que los individuos cooperarían en ese grupo sólo según un cálculo de ventajas individuales, y la comunidad en sí misma considerada no tendría ningún valor, sería simplemente un modo de proporcionar seguridad y bienestar a cada uno de sus miembros.

“(...) pueden conciliarse entre sí y con la razón aquellas afirmaciones de Rousseau, que en apariencia se contradicen, y que han sido tan a menudo mal entendidas. En su libro sobre la “influencia de las ciencias” y en el que se ocupa sobre la “desigualdad entre los hombres”, nos muestra con gran justeza la contradicción ineludible de la cultura con la naturaleza de la especie humana, en su condición de especie física, en la que cada individuo tendría que alcanzar completamente su destino; pero en el “Emilio”, en el “Contrato social” y en otros escritos trata de resolver de nuevo el grave problema: cómo tiene que proseguir la cultura para que se puedan desarrollar las disposiciones de la humanidad, considerada como especie moral, en forma

congruente con su destino, de suerte que no se contradiga ya la especie natural”¹³².

¹³² I. KANT, *Comienzo presunto de la historia humana (1786)*, en *Filosofía de la Historia*, trad. española de Eugenio Imaz. México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pg. 79.

4.3.- LA INFLUENCIA DE ROUSSEAU EN EL PENSAMIENTO KANTIANO

Podemos afirmar que la labor llevada a cabo por Rousseau consistió en colocar el mundo moral ante la conciencia del hombre, y ese mundo moral así disciplinado por él, será precisamente la materia objeto del análisis kantiano. Ciertamente, Rousseau le da la materia al rescatar para el hombre el centro de la creación gracias al principio de autonomía de la ley. El hombre, como ser moral y por tanto soberano ejecutor de sus facultades, se presenta ahora también como soberano autor de la naturaleza o experiencia. Podría decirse que Rousseau le proporcionó la materia y Kant le dio forma, marcándoles además la hora a Fichte, a Hegel y también, aunque trastornándosela un poco, a Comte, tal como lo apunta Eugenio Imaz en el prólogo a la *Filosofía de la Historia*¹³³.

¹³³ I. KANT, *Filosofía de la Historia*, op. cit.

En este contexto, la principal aspiración de Kant será el descubrimiento de una supuesta ley “interior” que él mismo atribuye a Rousseau como deducible de sus planteamientos teóricos, “*para dar fundamento lógico al problema político de la moral*”¹³⁴. Expliquemos esto más detalladamente.

Como acabamos de ver, Rousseau entroniza el sentimiento y el afecto subjetivos “*en línea directa con su aceptación crítica de la subjetividad cartesiana*”¹³⁵; Kant, sin embargo, educado en la física de Newton, será la más viva expresión de la objetividad, el orden y la ley. Con esta formación teórica va a interpretar Kant el pensamiento rousseauiano, atribuyéndole como principal aportación la investigación y el establecimiento de la norma moral objetiva de las inclinaciones y los actos humanos, obtenida a partir del descubrimiento de la naturaleza profundamente escondida del hombre y la ley oculta por virtud de la cual queda justificada la

¹³⁴ Sigo aquí los escritos del profesor J. M^a. Ordóñez: J. M^a, ORDÓÑEZ, *Papers (inéditos)*.

¹³⁵ Sigo aquí los escritos del profesor J. M^a. Ordóñez: J. M^a, ORDÓÑEZ, *Papers (inéditos)*.

providencia¹³⁶. Esa naturaleza invariable e inmutable ante lo cambiante de las condiciones subjetivas sería la ley moral, única, válida y obligatoria, ante la cual desaparecerían todas las diferencias que entre los hombres pudieran darse por razón de su nacimiento, condición social, o sencillamente por su talento o formación.

Bajo esta influencia, Kant se dispone a acometer lo que va a constituir la tarea fundamental de su vida, a la cual dedicaremos una amplia explicación en el siguiente epígrafe y que podemos resumir de la siguiente manera: recuperar la metafísica y situarla en el lugar que le corresponde, a saber, como fundamento mismo de la moral y de la ley ética. Esa es la misión que Kant se marca y que subyace a lo largo de toda su obra: indagar lo inteligible de la ética, expulsando cualquier vestigio suprasensible importado de la metafísica especulativa y del fanatismo místico, “o del peligroso

¹³⁶ Véase en relación a este tema la obra de Kant “*Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*” en *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir: Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, edición a cargo de Francisco Larroyo. México, Porrúa, 1985.

carácter democrático, para Kant, de la unión entre política y moral”¹³⁷.

En este contexto y tomando en consideración la influencia del pensamiento rousseauiano, tan diferente pero a la vez tan gratificante para Kant ya que él mismo reconoce que le ha enseñado a honrar al hombre desde el hombre, deben pensarse de manera interrelacionada el concepto de voluntad general de Rousseau y el concepto nouménico de la libertad kantiano, o dicho de otro modo, el concepto de lo “como si” de la voluntad que, como tendremos ocasión de ver, nos abre al espacio de lo “posible”, único posible para la construcción de la realidad moral y de lo “como si” partiendo de la voluntad general.

Lo importante a la hora de relacionar ambos conceptos es tener siempre presente que mientras el concepto de voluntad general, que sirve de fundamento a la constitución de la personalidad política de

¹³⁷ Sigo aquí los escritos del profesor J. M^a. Ordóñez: J. M^a, ORDÓÑEZ, *Papers (inéditos)*.

la comunidad, es construido por Rousseau a partir de la consideración emocional o sentimental del sujeto, lo cual le permite hablar de la comunidad como *moi commun* o persona moral ; por el contrario, el concepto de libertad kantiano que anuncia el espacio de acción de sujeto para la constitución de la sociedad civil, es y sólo puede ser fruto de la razón práctica, y sólo según una constitución civil perfecta capaz de conciliar el principio interno de legitimidad moral y el externo de legalidad, teniendo en cuenta que sólo en una sociedad así puede llegar a realizarse de hecho el ideal de la autoconciencia moral del hombre. Como ya he apuntado, todos estos conceptos son explicados en detalle en el siguiente epígrafe.

Por último, debe señalarse también como diferencia importante entre Rousseau y Kant, que mientras el primero concibe la historia de la humanidad como un proceso en el que el hombre iría desviándose del estado primitivo de inocencia en que vivía antes de entrar en sociedad; el segundo, Kant, considera que aquel estadio primitivo responde a una idea moral errónea porque, como

acabamos de decir en el párrafo anterior, se entiende que sólo a través de la sociedad se puede realizar la autoconciencia moral¹³⁸.

En definitiva, podemos decir que Kant deja atrás a Rousseau en muchas cosas, la lógica de la razón deja atrás a la lógica de los sentimientos, y este proceso resultará particularmente evidente en relación a la fundamentación sistemática y metodológica del pensamiento¹³⁹.

¹³⁸ Veremos que para Kant la naturaleza inherente de una persona y, por ende, de una comunidad, es ser un reino de fines y no de medios; por tanto, todo individuo debería tener la oportunidad de realizarse como fin desplegando todas sus capacidades, para lo cual debe garantizársele el derecho de autodeterminación moral que es, a la vez que derecho, condición de la personalidad. A este principio intentarán dar respuesta las denominadas sociedades o Estados “liberales”.

¹³⁹ Sobre este tema se puede consultar, entre otras, la obra de E. CASSIRER, *El problema del conocimiento en la filosofía y en la ciencia modernas, 3 Vols., Vol. II: Desarrollo y culminación del racionalismo. El problema del conocimiento en el sistema del empirismo. De Newton a Kant. La filosofía crítica*, traducción española de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

5.- KANT

5.1.- INTRODUCCIÓN

El período de la Ilustración va a mostrar un cierto repudio hacia lo suprasensible circunscribiendo la acción de la razón a lo empíricamente aprensible, al “más acá”, a la experiencia. En este contexto y gracias a Kant la metafísica seguirá considerándose una Ciencia, pero no ya una Ciencia de las cosas de un mundo suprasensible, sino la Ciencia de los límites de la razón humana que sitúa al hombre en el lugar que le corresponde y le marca su destino moral y su conducta¹⁴⁰.

Esta nueva concepción del mundo y del hombre marca la tónica moral de la Ilustración que queda perfectamente plasmada en el

¹⁴⁰ De este tema se ocupa, entre otros, M. FOUCAULT, en *La crisis de la razón*, edición preparada por F. Jarauta, Murcia, Universidad, D.L. 1986; y en *¿Qué es la Ilustración?*, traducción y prólogo de S. Mattoni, Córdoba, Argentina, Alción, cop. 1996.

concepto de *inmanencia ética* kantiano que sitúa el fundamento de la moral y la virtud antes que en la recompensa procedente de otro mundo en la autonomía de la voluntad, que constituye su auténtico contenido¹⁴¹.

La lucha contra la metafísica tradicional y contra su concepción de la idea de Dios y de un mundo suprasensible, representan para Kant, al mismo tiempo, la lucha en pro de una nueva fundamentación positiva de la moral autónoma¹⁴². En este sentido, se remite el autor en “Sueños de un visionario”¹⁴³ a las palabras del Cándido de Voltaire¹⁴⁴: “*cuidémonos nosotros mismos de nuestra*

¹⁴¹ Sobre el concepto de inmanencia kantiano, ver, L. MARTÍNEZ DE VELASCO, *Idealismo crítico e inmanencia en el pensamiento kantiano*, Madrid, Orígenes, 1986.

¹⁴² De esta cuestión se ocupa O. HÖFFE en *Introduction a la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion*, Albeuve, Suisse, Castella, cop., 1985.

¹⁴³ I. KANT, *Sueños de un visionario explicados por los sueños de la metafísica*, prólogo de R. Malter, edición crítica del texto alemán, introducción, traducción y notas de C. Céntrela, Cádiz, Universidad, D.L., 1989.

¹⁴⁴ VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme; texte établie d'après l'édition originale de 1759*, Paris, Hachette, D.L., 1991.

dicha, vayamos al huerto y trabajemos”. Pues bien, esta nueva idea acerca de la doctrina se va a transformar en un nuevo ideal de vida.

5.1.1.- EL USO PRÁCTICO DE LA RAZÓN PURA Y EL CONCEPTO DE VOLUNTAD

Comenzaremos este epígrafe aclarando qué entiende Kant por razón pura. Al respecto, sostiene el autor en el prólogo a la primera edición de “La Crítica de la razón pura”¹⁴⁵, que el destino singular de la razón humana no es otro que el de hallarse acosada por cuestiones que le plantea su propia naturaleza, por lo cual no las puede rechazar, pero sucede que tampoco las puede responder dado que sobrepasan sus facultades. Esas cuestiones comenzarían, como es natural, con principios extraídos del curso de la experiencia, sobre los que la razón iría avanzando; pero ante la expectativa de no encontrar en la experiencia una respuesta total y definitiva a sus preguntas, veríase obligada a recurrir a principios que sobrepasan

¹⁴⁵ I. KANT, *Crítica de la razón pura*, Clásicos Alfaguara, Madrid, 1986.

todo posible uso empírico y que parecen, no obstante, tan libres de sospecha, que la misma razón ordinaria se halla de acuerdo con ellos. Es así (en su uso no empírico) como incurre en oscuridades y contradicciones. Y, aunque puede deducir que éstas se deben necesariamente a errores ocultos en algún lugar, no es capaz de detectarlos, ya que los principios que utiliza no reconocen contrastación empírica alguna por sobrepasar los límites de toda experiencia. El campo de batalla de estas inacabables disputas se llama *metafísica*. Trataríase por tanto de extender el conocimiento humano más allá de los límites de la experiencia posible, lo cual desborda indudablemente la capacidad humana. ¿Qué hacer entonces ante la insuficiencia de la razón para responder a las preguntas que ella misma se plantea?. En primer lugar, no eludirlas; en segundo, especificarlas exhaustivamente según principios. La cuestión es ocuparse de la razón misma y de su pensar puro, y ambas cosas en uno mismo se pueden encontrar.

Por consiguiente, la tarea más importante de la razón que también resulta la más difícil, es autoconocerse, y ese

autoconocimiento es precisamente el objeto de la *metafísica*. ¿Qué garantías tenemos ante semejante tarea?: sólo un tribunal muy particular podría pronunciarse al respecto, a saber, el tribunal de la razón, porque ésta posee leyes invariables y eternas en cuya búsqueda consiste precisamente la crítica de la razón pura. Esa búsqueda (crítica) es la facultad de la razón en general, en relación con los conocimientos a los que puede aspirar prescindiendo de toda experiencia.

Se trataría por tanto de averiguar si la razón puede o no autoconocerse (es decir, si es posible o no una metafísica), y en caso afirmativo, señalar las fuentes de ese autoconocimiento, la extensión y los límites del mismo. La pregunta clave no es acerca de la facultad misma de pensar, sino qué y cuánto pueden conocer el entendimiento y la razón con independencia de toda experiencia. De las reglas formales del pensamiento (sea éste a priori o empírico y sea cual sea su objeto) ya se ocupa la lógica; lo que a la metafísica le corresponderá abordar es no sólo la razón misma sino también sus objetos.

Por esta razón sostiene Kant en el prólogo a la segunda edición de “La Crítica de la razón pura”¹⁴⁶ que la lógica, en cuanto propedéutica, constituye simplemente el vestíbulo de las ciencias; y que aunque ciertamente se presupone siempre una lógica a la hora de enjuiciar los conocimientos concretos de que se trate, habrá que investigar la adquisición de los mismos (de los conocimientos concretos sobre determinados objetos) en las ciencias propia y objetivamente dichas. El siguiente paso es que, en tanto en cuanto la razón interviene en dichas ciencias, tiene que haber algo en ellas que se conozca a priori y, añade Kant, de dos formas diferentes puede relacionarse ese conocimiento a priori con su objeto (objeto que nos viene dado por otro lado). Es decir, que la razón misma se relaciona con su objeto de conocimiento de dos maneras:

¹⁴⁶ I. KANT, *Crítica de la razón pura*, op.cit.

- a) Simplemente para determinarlo (conceptualizarlo).
Este sería el **conocimiento teórico de la razón** y la razón pura especulativa.

- b) Para convertirlo en realidad. Este sería el **conocimiento práctico de la razón** y la razón pura práctica.

Tanto en a) como en b) habría que distinguir entre:

- 1) Una parte pura del conocimiento en la que la razón determinaría su objeto enteramente a priori, y que por tanto habría de exponerse primeramente por separado a fin de no confundirla con la segunda.

- 2) Otra parte cuya procedencia habría que situar en fuentes de conocimiento distintas a la razón, y cuya exposición vendría después.

Pues bien, los dos conocimientos teóricos de la razón que determinarían sus objetos a priori serían la matemática y la física, la primera lo haría de manera enteramente pura (es decir, valiéndose exclusivamente de la razón), y la segunda sólo de forma parcial (al intervenir otras fuentes de conocimiento además de la razón). En este sentido, por su contundencia y claridad expositiva, reproducimos a continuación la explicación dada por Kant acerca de la certeza y validez del conocimiento científico en el campo de las ciencias naturales:

“Cuando Galileo hizo bajar por el plano inclinado unas bolas de un peso elegido por él mismo (...), entonces los investigadores de la naturaleza comprendieron súbitamente algo. Entendieron que la razón sólo reconoce lo que ella misma produce según su bosquejo, que la razón tiene que anticiparse con los principios de sus juicios de acuerdo con leyes constantes y que tiene que obligar a la naturaleza a responder sus preguntas (...). De lo contrario, las observaciones fortuitas y realizadas sin un plan previo no van ligadas a ninguna ley necesaria, ley que, de todos modos, la razón

busca y necesita. La razón debe abordar la naturaleza llevando en una mano los principios según los cuales sólo pueden considerarse como leyes los fenómenos concordantes, y en la otra, el experimento que ella haya proyectado a la luz de tales principios. Aunque debe hacerlo para ser instruida por la naturaleza, no lo hará en calidad de discípulo que escucha todo lo que el maestro quiere, sino como juez designado que obliga a los testigos a responder a las preguntas que él les formula. De modo que incluso la física sólo debe tan provechosa revolución de su método a una idea, la de buscar (no fingir) en la naturaleza lo que la misma razón pone en ella, lo que debe aprender de ella, de lo cual no sabría nada por sí sola. Únicamente de esta forma ha alcanzado la ciencia natural el camino seguro de la ciencia, después de tantos años de no haber sido más que un mero andar a tientas”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ I. KANT, *Crítica de la razón pura*, op. cit., pg. 18.

Esta cita muestra cómo Kant invierte los términos de la relación con la naturaleza que Aristóteles había planteado de modo radicalmente inverso, lo cual dará paso a una completa transformación de las estructuras lingüísticas, que pierden toda vinculación de carácter natural con el mundo de los objetos y pasan a relacionarse con estos según presupuestos de la voluntad subjetiva.

Vemos por tanto cómo se ha desmontado uno de los que se suponía hasta este momento presupuesto fundamental del conocimiento científico, a saber, que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos. Antes bien, son los objetos (de la experiencia) los que deben conformarse a nuestro conocimiento ya que de lo contrario, todo intento de establecer a priori (antes de que nos sean dados) algo sobre dichos objetos, mediante conceptos, estaría avocado al fracaso y avocado estaría al fracaso, por consiguiente, el camino seguro de la Ciencia. En última instancia, no existen leyes fuera del sujeto y toda ley, por general que sea, parte del sujeto y no tiene existencia fuera de él. Así, por ejemplo, podemos decir que la ley de Newton, en la medida en que se trata de la explicación de un hecho que como tal (como explicación) no influye en el mismo, no existe en la naturaleza sino que se produce solamente en mi pensamiento, no en la realidad. La relación de esa ley con el hecho que explica es fruto de mi voluntad, y podemos añadir por tanto que alberga una cierta finalidad, una cierta

intencionalidad que desde luego no se encuentra inscrita en la naturaleza sino en el discurso explicativo de la ley¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Podríamos suponer entonces una cierta intencionalidad en el lenguaje, que desplazaría toda presunción de un hipotético plan o de una supuesta finalidad, inscritos en la naturaleza; antes bien dicha finalidad habría que buscarla en el discurso explicativo de las leyes naturales y en la propia voluntad del sujeto. Este discurso explicativo que se constituye como lenguaje propio de la ley natural, opera según reglas que sirven como instrumento de determinación de nuestra voluntad, la cual funciona por tanto de manera restringida, en el sentido de que necesita dotarse de reglas que le permitan aprehender la naturaleza. La relación entre realidad y lenguaje aparece ahora puesta en la voluntad; lo real es el elemento vacío y por llenar de la predicación; es, paradójicamente pura posibilidad formal. Lenguaje y realidad no coinciden; la voluntad los hace coincidir, y dado que la voluntad sólo se puede expresar lingüísticamente, así es como construye el mundo y como construye el individuo.

En este sentido y tal como adelantábamos en la nota anterior, podemos concluir que Kant hace desaparecer la relación analógica natural que para los griegos y fundamentalmente para Aristóteles, guardaban el *ser* y el *decir*. Ahora, toda relación entre ambos extremos pasa a depender de una voluntad que se revela ella misma, y con ella el lenguaje, como conciencia intencional. Antes de *decir* hay un *querer decir*, y el individuo *es* lo que *quiere ser* desde su vacía individualidad, es decir, desde su posibilidad formal, lo cual, como tendremos ocasión de ver, nos abre al espacio de la libertad como contenido de la conciencia.

Por otra parte, es importante señalar que el lenguaje como facultad individual, no tendría existencia sin la condición colectiva, considerando lo colectivo como representación y ubicándolo en su dimensión lingüística en el

En este contexto se inscribe también la famosa comparación kantiana entre el planteamiento copernicano respecto a la explicación del movimiento de los cuerpos celestes (según la cual, como es sabido, Copérnico hace que sea el espectador el que gire en torno a las estrellas en reposo y no al revés); y el intento de explicación, en el campo de la metafísica, de la relación entre la intuición (que se produce cuando el espíritu es afectado por el objeto desde la sensibilidad) y su objeto (como objeto de los sentidos), en términos de determinación de éste (de la experiencia, por tanto) por aquella (la intuición), y no al revés; determinación que se expresa mediante conceptos que se convierten entonces en rectores de la experiencia, la cual de este modo se constituye en un

ámbito de la sintaxis (de las reglas comunes del lenguaje). Por tanto, lenguaje no debe confundirse aquí con habla. El habla, como es sabido, es la realización del lenguaje y en tal medida éste contiene todas las posibilidades de aquella.

El lenguaje aparece por tanto como una posibilidad ahistórica que se realiza históricamente; sus reglas serían sincrónicas mientras que la realización de las mismas sería diacrónica, sin olvidar que no es posible pensar lo uno sin lo otro y que de hecho no existe diferencia entre ambos niveles, aunque analíticamente podamos separarlos.

tipo de conocimiento que, por requerir del entendimiento, tiene a su disposición unas reglas que cada uno debe suponer en sí mismo ya antes de que los objetos sean dados, es decir, reglas a priori que se expresan, como acabamos de decir, en conceptos¹⁴⁹.

Dicho de otro modo: sólo poseemos conceptos del entendimiento (que son nuestros instrumentos para conocer las cosas), en la medida en que puede darse la intuición correspondiente a tales conceptos; por tanto, sólo podemos conocer las cosas en cuanto objetos de la intuición empírica, es decir, en cuanto *fenómenos*, mientras que nada podemos conocer del objeto como cosa en sí misma¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Es fundamental en la teoría kantiana del conocimiento la conocida tesis de que los conceptos sin intuiciones son vacíos y las intuiciones sin conceptos son ciegas. Esta vinculación de los conceptos a las intuiciones responde al esfuerzo realizado por Kant para evitar que tanto la estructura como el contenido de los mismos pudieran versen desvirtuados como consecuencia de una errónea interpretación por parte bien de la metafísica, bien de la psicología.

¹⁵⁰ Por la misma razón resultaría imposible conocer a Dios, que es *posibilidad* y *existencia* a la vez. A Dios se le ama pero no se le conoce; no es la vía del

Aunque más adelante abordaremos con detenimiento estos conceptos, podemos adelantar que *fenómeno* es el término empleado por Kant para referirse a todo objeto de experiencia posible y por tanto al objeto indeterminado de la intuición empírica. Sus condiciones de existencia (es decir, de la existencia de las cosas en cuanto fenómenos) son el espacio y el tiempo, que constituyen las formas puras de la intuición sensible. En otros términos: el sujeto entra en relación con la naturaleza por representación y, como tendremos ocasión de ver, ésta se produce siempre en el yo de dos maneras, a saber, sensible o formalmente. Pues bien, la representación sensible sería el fenómeno y toda forma sensible se da necesariamente bajo condiciones espacio-temporales; por eso decimos que espacio y tiempo son las formas puras de la sensibilidad, son “los lugares vacíos” donde se produce la representación; son, en última instancia, la unidad que contiene de forma posible todos los fenómenos.

conocimiento racional la que nos pone en relación con Dios. La consecuencia no es otra que la autonomía del conocimiento.

Resumiendo, todo lo que aparece ante mí, presentado por los sentidos, se halla contenido en su posibilidad, de tal manera que el pensamiento puede acceder a su comprensión formalizándolo, es decir, mediante *conceptos* que son las formas del pensamiento. Este y no otro sería el modo de operar del pensamiento, a saber, subsumiendo en lo general como posibilidad formal, lo particular, porque no es posible concebir la particularidad si no es por referencia a la generalidad. Pensar es subsumir lo diverso en una unidad. El método es como vemos deductivo, se trata de deducir de lo general lo particular. Podemos adelantar ya que aquí radica el núcleo de la concepción trascendental kantiana: lo trascendental nos habla de las formas posibles de la experiencia, es decir, de lo sintético a priori.

Conviene insistir en que la clave reside en comprender que nuestra representación de las cosas no se rige por éstas en cuanto cosas en sí, sino que esos objetos, en cuanto *fenómenos* (como objetos de la experiencia posible), se rigen por nuestra forma de

representación. Es en este sentido en el que decimos que conocemos las cosas *en cuanto nos son dadas* (según nuestra forma de representación), y que nuestro conocimiento racional a priori solamente puede referirse a *fenómenos*, mientras que la *cosa en sí* escaparía a nuestro conocimiento teórico quedando pues como no conocida a pesar de ser real por sí misma.

Podemos concluir por tanto que sólo conocemos a priori de las cosas lo que nosotros mismos ponemos en ellas, y que todo posible conocimiento especulativo de la razón se halla limitado a los objetos de la experiencia posible.

Vemos pues confirmarse la sospecha inicial de que la razón, por su propia naturaleza, acaba enfrentándose a cuestiones que no puede rechazar pero a las que tampoco puede responder por sobrepasar sus facultades. Estas cuestiones se deducen ya fácilmente de lo expuesto hasta ahora en relación al uso o conocimiento teórico de la razón pura, y a nuestra incapacidad para traspasar los límites de la experiencia echando mano de esa razón

especulativa, a la cual, como hemos visto, quedaría vetada toda posibilidad de avance en el terreno suprasensible. Tenemos por tanto claro que no podemos conocer los objetos en cuanto cosas en sí mismas consideradas. Ahora bien, lo que no tenemos tan claro es que no podamos pensarlos como tales, es más, tal posibilidad se ofrece sin contradicción siempre y cuando se admita como necesaria, primero, la distinción entre cosas en cuanto *objetos de experiencia* y esas mismas cosas en cuanto *cosas en sí*; segundo, la limitación que tal distinción implica respecto a los conceptos puros del entendimiento, a saber: que no podemos conocer las cosas en sí sino sólo como fenómenos.

Un paso más en la argumentación nos lleva a convenir que únicamente respecto de las cosas como fenómenos, como objetos de la experiencia, opera el principio de causalidad, sin que por lo demás le estén sometidas esas mismas cosas *en sí mismas* consideradas. Y dice Kant:

*“Si eso es así, entonces se considera la voluntad en su fenómeno (en las acciones visibles) como necesariamente conforme a las leyes naturales y, en tal sentido, como no libre, pero, por otra parte, esa misma voluntad es considerada como algo perteneciente a una cosa en sí misma y no sometida a dichas leyes, es decir, como libre, sin que se dé por ello contradicción alguna. No puedo, es cierto, conocer mi alma desde este último punto de vista por medio de la razón especulativa (y menos todavía por medio de la observación empírica) ni puedo, por tanto, conocer la libertad como propiedad de un ser al que atribuyo efectos en el mundo sensible. No **puedo** hacerlo porque debería conocer dicho ser como determinado en su existencia y como no determinado en el tiempo (lo cual es imposible, al no poder apoyar mi concepto en ninguna intuición)*. Pero sí*

* Este último párrafo del texto merece, por su importancia para el análisis, una explicación más detallada que desarrollamos en nota al pie a efectos de no romper el hilo argumentativo de la exposición. Lo que Kant quiere decir es que *no puede conocer la libertad como propiedad de un ser al que atribuye efectos*

puedo, en cambio, concebir la libertad; es decir, su representación no encierra en sí contradicción ninguna si se admite nuestra distinción crítica entre los dos tipos de representación (sensible e intelectual) y la limitación que tal distinción implica en los conceptos puros del entendimiento, así como también, lógicamente, en los principios que de ellos derivan”¹⁵¹.

Resumiendo, del mismo modo que no puedo conocer la cosa en sí sino sólo como fenómeno, pero sí puedo pensarla como tal sin incurrir en contradicción; de la misma manera, aunque no puedo conocer mi voluntad como cosa en sí (no sometida a leyes y por tanto libre) sino sólo en su fenómeno (en su aparecer en forma de *en el mundo sensible*, porque ello supondría incurrir en una doble contradicción:

1. Considerar ese ser como indeterminado y determinado a la vez.
2. Pretender conocerlo en su indeterminación (libertad), lo cual es imposible porque al estar fuera del espacio y el tiempo que son las formas puras de la intuición sensible o formas a priori de la sensibilidad, no puede apoyar su concepto sobre ninguna intuición.

¹⁵¹ I. KANT, *Crítica de la razón pura*, op. cit., pg. 26.

acciones visibles, sometida por tanto a las leyes naturales y entonces no libre); sin embargo, sí que puedo concebirla como tal (como libertad) sin incurrir en contradicción, siempre y cuando sea admitida la distinción entre dos tipos de representación: sensible e intelectual, y la limitación que ello implica, una vez más, en los conceptos puros del entendimiento.

Con esta analogía acabamos de dar respuesta a la pregunta que nos introduce de lleno en el ámbito del uso o conocimiento práctico de la razón pura¹⁵². Dicha pregunta debe formularse de la siguiente manera: ¿Es capaz la razón con su conocimiento práctico de abordar la determinación de la cosa en sí?, o dicho de otro modo, ¿puede nuestro conocimiento a priori sobrepasar los límites de la experiencia posible, aunque sólo sea desde un punto de vista

¹⁵² Aclaración terminológica: hablamos de “razón especulativa” (o “teórica”) para aludir al uso o conocimiento teórico de la razón pura, es decir, cuando se refiere a los principios a priori del entendimiento; hablamos de “razón práctica” para referirnos al “uso o conocimiento práctico de la razón pura”, es decir, cuando se refiere a los principios a priori de la acción.

práctico?¹⁵³. Ante este interrogante, la razón especulativa “se aparta”, dejando margen a una respuesta afirmativa; respuesta afirmativa no obstante curiosa, ya que su contenido no es otro que el vacío, un vacío respecto al cual se nos ofrece la posibilidad de llenarlo con total libertad, estando además invitados por la razón a hacerlo, si podemos, con sus datos prácticos.

Procediendo en esta dirección, podemos decir entonces que la razón pura en su uso práctico (moral) se ve inevitablemente obligada por su propia naturaleza a ir más allá de los límites de la sensibilidad, y que por consiguiente, tiene que presuponer necesariamente la libertad como propiedad de nuestra voluntad. En

¹⁵³ A estas alturas de la exposición podemos definir la *cosa en sí* como el *concepto racional y trascendente de lo incondicionado*, siendo *lo incondicionado* aquello que la razón, necesaria y justificadamente, exige a todo lo que de condicionado hay en las cosas en sí, reclamando de esta forma la serie completa de las condiciones. Ese *incondicionado* sería según Kant, lo que nos impulsa ineludiblemente a traspasar los límites de la experiencia y de todo fenómeno.

este sentido se vuelve a pronunciar rotundo Kant al comienzo de “La Crítica de la razón práctica”¹⁵⁴:

*“Con esa facultad (la facultad práctica de la razón pura) queda también entonces afirmada la **libertad** trascendental, tomada en aquella significación absoluta en que la razón especulativa, en el uso del concepto de la causalidad, la necesitaba para salvarse de la antinomia en que cae inevitablemente, cuando quiere pensar lo **incondicionado** en la serie del enlace causal; este concepto de lo incondicionado, empero, no pudo la razón establecerlo más que de un modo problemático, como no imposible de pensar, sin asegurarle su realidad objetiva, sino solamente para no ser precipitada en lo profundo del escepticismo y atacada en su propia esencia por la pretendida imposibilidad de aquello que, al menos como pensable, tiene ella que dejar valer”.*

¹⁵⁴ I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, Editorial Porrúa, México, 1995, pg. 91.

La libertad es pues la única de las ideas de la razón especulativa cuya posibilidad a priori *sabemos* (*wissen*), sin penetrarla (*einsuzehen*), porque ella es la condición de la ley moral. Es la demostración racional de la necesidad de su posibilidad a priori (de la libertad) como condición *sine qua non* de la ley moral (ley apodíctica de la razón práctica), lo que le confiere existencia y validez objetiva, es decir, posibilidad real, más allá de la mera posibilidad lógica a la que veíase autorizada por la razón especulativa. La ley moral, ley apodíctica de la razón práctica, constituye pues la prueba de la realidad del concepto de libertad¹⁵⁵.

Podemos comprender entonces el significado de la afirmación kantiana de que la libertad es la *ratio essendi* de la ley moral y la

¹⁵⁵ No debe olvidarse que el individuo entra en relación con su libertad a través del lenguaje, y en tal medida podemos decir que ésta es construida lingüísticamente y que goza por tanto de una realidad que podemos denominar lingüística. En la medida en que esto sea así, el objeto de nuestras investigaciones deberá quizás orientarse más bien a la búsqueda del método que garantice la consistencia del discurso.

ley moral es la *ratio cognoscendi* de la libertad, es decir, la condición bajo la cual podemos adquirir conciencia de la misma; porque si la ley moral no estuviese, en nuestra razón, pensada *anteriormente* con claridad, no podríamos nunca considerarnos autorizados para *admitir* algo como lo que la libertad es (aun cuando ésta no se contradice). Pero si no hubiera libertad alguna, no podría *de ningún modo encontrarse* la ley moral en nosotros¹⁵⁶.

Intentaremos a continuación profundizar en el significado y contenido de esa ley moral. Sin embargo, antes de seguir adelante se hace indispensable definir con mayor precisión una serie de conceptos, sin lo cual, resultaría muy difícil avanzar en la exposición. Veamos estos conceptos:

En primer lugar, entendemos por **voluntad** la facultad de desear, es decir, la facultad de ser, por medio de sus representaciones, causa

¹⁵⁶ I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, op.cit., pg. 91, nota al pie.

de los objetos de estas representaciones¹⁵⁷. Esta facultad de desear, por su parte, puede referirse, al menos, a tres cosas:

1. A la facultad de *hacer u omitir a su albedrío*, siempre que el fundamento de su determinación para la acción se encuentre en ella misma y no en el objeto.
2. Al *arbitrio*, en la medida en que esta facultad está unida a la conciencia de ser capaz de producir el objeto mediante la acción.
3. Al *deseo* propiamente dicho, si a la facultad de desear no va unida esa conciencia de ser capaz de producir el objeto mediante la acción.

¹⁵⁷ Sin olvidar que “La facultad de un ser de actuar por medio de sus representaciones se llama *vida*”: I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., 1989, pg. 13.

Ahora bien, “*la facultad de desear, cuyo fundamento interno de determinación (y, por tanto, el albedrío mismo) se encuentra en la razón del sujeto, se llama voluntad. Por consiguiente, la voluntad es la facultad de desear, considerada, no tanto en relación con la acción (como el arbitrio), sino más bien en relación con el fundamento de determinación del arbitrio a la acción; y no tiene ella misma propiamente ningún fundamento de determinación ante sí, sino que, en cuanto ella (la razón) puede determinar el arbitrio, es la razón práctica misma*”¹⁵⁸.

En segundo lugar, llamamos **principios prácticos** a aquellas proposiciones que, según reglas prácticas, encierran una determinación universal de la voluntad:

- Hablamos de principios prácticos subjetivos o **máximas**, cuando la condición determinante es considerada por el sujeto como valedera solamente para su voluntad.

¹⁵⁸ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pg. 16.

- Cuando dicha condición es objetiva, es decir, valedera para la voluntad de todo ser racional, hablamos de principios prácticos objetivos o **imperativos**, que significan que si la razón determinase la voluntad totalmente, la acción ocurriría indefectiblemente según esa regla.
 - Pues bien, cuando los imperativos son condicionados, es decir, cuando determinan la voluntad en consideración de un efecto apetecido se denominan **hipotéticos** y encerrarían meros preceptos de habilidad, dotados, sí, de un contenido de necesidad (pues sin ésta no serían imperativos), pero de una necesidad subjetivamente condicionada que consecuentemente no cabe suponer en todos los sujetos en igual grado.
 - Por el contrario, cuando los imperativos son incondicionados, es decir, cuando determinan la

voluntad exclusivamente como voluntad, sin consideración a la suficiencia o no de la misma para el efecto (y por consiguiente aun antes de que yo me pregunte si tengo la facultad necesaria para un efecto apetecido o qué tengo que hacer para producir ese efecto), se denominan **categoricos** y sólo ellos serían **leyes prácticas**.

La voluntad es aquí pensada como independiente de condiciones empíricas, como voluntad pura, determinada por la mera forma de la ley. Por tanto, sólo a la voluntad se refieren las leyes prácticas, sin tener en cuenta lo que es efectuado por la causalidad de la voluntad, pudiéndose hacer abstracción de esa causalidad (como perteneciente al mundo de los sentidos) para obtener puras esas leyes prácticas. Sólo cuando la regla vale al margen de toda condición subjetiva contingente que distinga a un ser racional de

otro, podemos decir que es objetiva y universalmente valedera¹⁵⁹.

De esta clase es la que Kant denomina ley fundamental de la razón pura práctica que dice así: “*Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal*”. Lo que esta ley nos dice por tanto, es que se debe absolutamente proceder de cierto modo.

Pues bien, la conciencia de esta ley fundamental (tal como lo apuntábamos antes de entrar en las anteriores precisiones conceptuales, al calificar a la ley moral como *ratio cognoscendi* de la libertad), se impone por sí misma a nosotros como proposición sintética a priori y, por esto decimos que nos viene dada, significando con ello que es un hecho de la razón, o mejor, el único

¹⁵⁹ I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, op.cit., pp. 103 y 104.

hecho de la razón pura, la cual se anuncia por él como originariamente legisladora (*sic volo, sic jubeo*)¹⁶⁰.

La razón pura práctica da por tanto al hombre una ley universal a la que hemos denominado **ley moral**, que es ley para todos los seres racionales en cuanto en general tienen una voluntad, es decir, una facultad de determinar su causalidad por la representación de reglas o lo que es lo mismo de actuar según principios. Si analizásemos el juicio de los hombres acerca de la conformidad a ley de sus acciones, encontraríamos siempre que su razón, incorruptible y por sí misma obligada (autónoma), compara la máxima de la voluntad en una acción con la voluntad pura, es decir consigo misma, considerándose como práctica a priori. La voluntad pura no puede determinarse por el criterio de la viabilidad ni por la previsión de las consecuencias empíricas de nuestras acciones, antes bien, lo que la caracteriza es que recibe su valor no de lo que consigue, no de su

¹⁶⁰ I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, op.cit., pg 112.

capacidad para la consecución de fines, sino pura y simplemente de la intención y de la máxima a que responde.

Ahora bien, aunque se puede presuponer en el hombre, como ser racional, una voluntad pura, en cambio, como ser afectado por necesidades y por causas motoras sensibles, no se puede presuponer una voluntad santa tal que no fuera capaz de ninguna máxima contradictoria con la ley moral. Por ello, la ley moral en el hombre es un imperativo (una regla práctica) que, en cuanto incondicionado, manda categóricamente, pero que en su relación con la voluntad subjetiva condicionada por causas externas (heterónoma), adopta la forma de **obligación** (compulsión de la razón y de su ley objetiva hacia una acción a la que llamamos **deber**). Por tanto, frente al deseo que surge de causas subjetivas la razón práctica ejerce una resistencia como compulsión moral que puede ser denominada **coacción** interior intelectual¹⁶¹, de tal modo que el sujeto se siente obligado a concordar con la regla.

¹⁶¹ I. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Editorial Porrúa, México, 1995, pg. 51; *ID.*, *Crítica de la razón práctica*, op.cit., pg 113.

Podemos afirmar entonces:

- 1) Que en todos los juicios morales nos encontramos que la razón enjuicia siempre en referencia a un criterio valorativo supremo cierto por sí mismo, a un valor incondicional, bajo cuya *forma* se reúnen todos los fines materiales concretos.

- 2) Que la voluntad capaz de captar este valor y de someterse a él es la voluntad verdaderamente libre desde el momento que no se encuentra sometida a determinaciones fortuitas, variables y momentáneas, sino que antes bien, se enfrenta a ellas desde su *determinabilidad normativa*.

Acerca de la teoría ética kantiana se puede consultar además la obra de D. ROSS, *Kant's ethical theory: a commentary on the "Grundlegung zur Metaphysic der Sitten"*, Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1978.

Con ello hemos rebasado de nuevo el orden de la experiencia, del conjunto de los objetos empíricos en el espacio y el tiempo, y lo hemos hecho, insistiendo en lo ya explicado más arriba, no desde el entendimiento, no como si éste hubiese descubierto un campo de conocimiento distinto, independiente de las condiciones de la intuición de nuestros sentidos, sino desde la voluntad misma, la cual descubre así la posibilidad de su aplicación independientemente de todo estímulo de los sentidos y de todo motivo empírico-material. El mundo de la experiencia sensible queda, una vez más, nítidamente desglosado del mundo inteligible. La “causalidad del ser” queda claramente diferenciada de la “causalidad del deber” sobre la que descansa el concepto de la libertad, porque la causalidad del deber no se circunscribe a lo real, porque el contenido y vigencia puros del imperativo categórico se mantienen aun cuando la experiencia no nos ofrezca ni un solo ejemplo práctico de su cumplimiento; la razón manda cómo se debe obrar aun cuando no encontremos ningún ejemplo al respecto, y ello porque, como hemos dicho anteriormente, la ley moral rige como un hecho de la razón pura del que tenemos conciencia a priori y que

es apodícticamente cierto, aunque no podamos encontrar en la experiencia ningún ejemplo de un caso en que se le siga al pié de la letra¹⁶².

¹⁶² I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, op. cit., pg 120.

5.1.2.- LIBERTAD, LEY Y LEGALIDAD

Nos situamos pues en el momento de nuestra explicación en el que el mundo de lo viable ha dejado paso al mundo de lo posible y con él se ha abierto el espacio de la libertad. Por otra parte, es importante señalar que con este concepto de libertad que amplía el círculo de lo posible más allá de lo real, Kant pondrá en primer plano una de las grandes complicaciones del empirismo¹⁶³, tal y como lo manifiesta en el prólogo a “La Crítica de la razón práctica”¹⁶⁴.

Llegados pues a este punto y a fin de no incurrir en el error de pensar ese mundo inteligible poblado de leyes morales y voluntades puras, como un espacio místico habitado por ”absolutos”, o siquiera

¹⁶³ Ver sobre este punto, entre otros: F. DUQUE, *De la libertad de la pasión a la pasión de la libertad: ensayos sobre Hume y Kant*, Valencia, Natan, 1988; M. MALHERBE, *Kant ou Hume ou la raison et le sensible*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1980.

¹⁶⁴ I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, op. cit.

como un espacio “en sí”, es importante hacer la siguiente aclaración que nos servirá para arrojar luz sobre el significado del traído y llevado “en sí” kantiano. Para ello hemos de recuperar la distinción ya mencionada anteriormente a partir de “La Crítica de la razón pura”¹⁶⁵ entre dos tipos de representación, a saber, sensible e intelectual¹⁶⁶:

Según manifiesta Kant en la “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”¹⁶⁷, es necesario distinguir entre:

1. Representaciones que nos vienen dadas (es decir, sin nuestro albedrío) por los sentidos y en las cuales somos pasivos. Trataríase de meras representaciones que sólo se producen cuando somos afectados por cosas (por lo tanto, pasivos).

¹⁶⁵ I. KANT, *Crítica de la razón pura*, op. cit.

¹⁶⁶ Cf. *supra*, pg.242.

¹⁶⁷ I. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, op. cit.

2. Aquellas otras que se producen exclusivamente de nosotros mismos, es decir, que no llegan a la conciencia por afección de los sentidos sino inmediatamente, y en las cuales mostramos nuestra actividad.

El primer tipo de representaciones son obra de nuestros sentidos que nos dan a conocer los objetos tal y como nos afectan. El segundo tipo es fruto de la **razón**, que como pura actividad propia está incluso más allá del **entendimiento**, el cual (a caballo entre razón y sentido), aunque también es actividad propia (y no contiene como el **sentido** meras representaciones que sólo se producen cuando somos afectados por cosas, cuando somos sujetos pasivos), no puede actuar en absoluto sin la sensibilidad ya que su función peculiar es reducir a reglas las representaciones sensibles. A través del primer tipo de representaciones, como ya sabemos, conocemos los objetos tal como nos afectan (fenómenos), permaneciendo para nosotros desconocido lo que sean en sí mismos aun cuando el entendimiento viniera en nuestra ayuda con todas sus fuerzas (ya que, como acabamos de decir, éste no puede desvincularse de la

representación sensible, de la representación que nos ofrecen los sentidos). Tenemos que conformarnos por tanto con conocer las cosas tal como nos afectan, renunciando a la posibilidad de saber lo que sean “en sí” o más aún, si “son”¹⁶⁸, poniéndonos en guardia contra la perniciosa tendencia de nuestro sentido común a sensibilizar esos “en sí” queriendo hacer de ellos objetos de la intuición. Pero no perdamos la esperanza, porque el sólo hecho de estar hablando de “fenómeno” y de “en sí” nos proporciona ya una distinción entre mundo sensible y mundo inteligible; veamos entonces cuál es el carácter de este último, precavidos como estamos contra toda tentación de sensibilizar su contenido: si hemos convenido que la razón (pura actividad propia) excede con mucho todo lo que la sensibilidad pueda darle, mostrando como su principal tarea precisamente la de distinguir el mundo sensible del mundo inteligible y marcando así los límites del entendimiento mismo; si partimos de este hecho cierto, entonces, dice Kant, todo ser racional debe reconocerse a sí mismo como inteligencia, es

¹⁶⁸ Sobre la demostración de la existencia exterior de los objetos en el espacio , ver *Crítica de la razón pura*, op. cit., pg. 247.

decir, como inmediatamente perteneciendo al mundo inteligible, adoptando, eso sí, dos puntos de vista diferentes regidos por diferentes reglas, desde los cuales considerarse:

- El punto de vista o perspectiva del mundo sensible, bajo el cual el hombre toma conocimiento de sí mismo mediante la sensación interna, es decir, por el fenómeno de su naturaleza y según la manera como su conciencia es afectada, creándose así un concepto empírico de sí mismo como sujeto constituido por meros fenómenos.

Esta toma de contacto del sujeto consigo mismo, mediada por su carácter fenoménico, se opera bajo leyes naturales que son las peculiares del mundo sensible cuya principal característica es la heteronomía, es decir, la determinación de la voluntad según leyes externas, según la relación de dicha voluntad con el objeto que constituye.

Este punto de vista nos sitúa directamente en el siguiente desde el momento que tenemos que aceptar que, sobre esa constitución del sujeto a partir de meros fenómenos, tiene que admitirse otra cosa u otro algo que (sin caer en el error de sensibilizarlo) siendo por sí mismo activo esté a su base y le permita tomar conciencia de sí mismo como inteligencia¹⁶⁹.

- El punto de vista o perspectiva del mundo inteligible es precisamente eso, un punto de vista que la razón se ve obligada a adoptar al margen de los fenómenos para concebirse a sí misma como práctica, es decir como *causa libremente activa*. Precisemos el significado de esta expresión: entendemos por razón la facultad que el hombre encuentra en sí mismo, por la cual se distingue de todas las demás cosas e incluso de *sí mismo en cuanto que afectado por objetos*, y que consiste en pura actividad propia

¹⁶⁹ Ver sobre este tema, D. CORRADINI y G. PALOMBELLA, *Unità e sapere del soggetto*, Milano, Giuffrè, 1983.

(inmediata, anterior e independiente de toda afección de los sentidos) bajo reglas que, independientes de la naturaleza, no son empíricas sino que se fundan solamente en la razón misma. Esa independencia respecto a las causas determinantes del mundo sensible es precisamente lo que permite al hombre, en cuanto que ser inteligente dotado de razón, pensar la causalidad de su propia voluntad bajo la idea de libertad, porque en eso consiste precisamente ser libre, en no obedecer sino aquellas leyes que la razón se da a sí misma independientemente de toda afección externa. Vemos por tanto que con la idea de libertad se halla inseparablemente vinculado el concepto de autonomía, y por ende, el de ley moral como fundamento de toda acción racional.

“... Pues ahora ya vemos que, cuando nos pensamos como libres, nos incluimos en el mundo inteligible, como miembros de él, y conocemos la autonomía de la voluntad con su consecuencia, que es la moralidad; pero si nos pensamos obligados, nos

consideramos como pertenecientes al mundo sensible y, sin embargo, al mismo tiempo al mundo inteligible también”¹⁷⁰. Lo inteligible, apareciendo como unidad normativa, marca la pauta a que debemos someter todo lo empírico.

Podemos concluir por tanto, que solamente admitiremos la existencia de lo inteligible en la *intención práctica*, bajo la forma de fin o misión, como norma y función de nuestros actos, conjurando por tanto todo intento de convertirlo en *cosa en sí*, de ver en él un conjunto de objetos en vez de un orden de fines. Lo “en sí” así considerado no determina ciertamente la *causa trascendental* del mundo de los fenómenos, pero sí nos muestra su *fundamento inteligible* indicando el lugar que ocupan dentro del reino de los fines, fijando con ello su verdadera significación, su auténtico valor.

Hemos esperado hasta este momento, por motivos de claridad en la exposición, para enunciar de manera explícita la que podemos

¹⁷⁰ I. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pg. 60.

considerar concepción fundamental de la filosofía kantiana que subyace a todo lo expuesto, a saber, la **concepción trascendental**. Consiste ésta en hallar el fundamento y justificación de toda afirmación relativa al ser en una función originaria de la razón¹⁷¹. En otras palabras, sólo podemos decir de algo que es *objetivo* en cuanto que se ajusta a una forma fundamental de la conciencia, y nada más allá de esto podemos saber objetivamente.

La teoría kantiana se ha desplazado del terreno de la metafísica y la mística al campo de la ética pura, orientando nuestro carácter inteligible hacia un futuro ético, hacia un orden inteligible del deber y de la libre determinación, en vez de hacia un pasado místico.

El concepto clave aquí, en el espacio ético, es precisamente el de *libre determinación* puesto en relación con el de *arbitrio* tal como hemos definido éste anteriormente, es decir, como la facultad de

¹⁷¹ Ver sobre esta cuestión: M. HEIDEGGER, *La pregunta por la cosa: la doctrina kantiana de los principios trascendentales*, versión castellana y notas de E. García Belsunge y Z. Szankay, Buenos Aires, Memphis, cop., 1992.

desear unida a la conciencia de ser capaz de producir el objeto mediante la acción. Pues bien, en la medida en que el arbitrio puede ser determinado por la razón pura (y puede serlo ya que el arbitrio no es sino un caso de la voluntad en tanto en cuanto ésta consiste en la facultad de desear en general cuyo fundamento interno de determinación es la razón del sujeto), hablamos de libre arbitrio; pero sucede que el arbitrio humano es afectado por impulsos sensibles y por tanto no es puro; pero atención, decimos *afectado*, no *determinado*, por lo que aunque no sea puro sí puede ser determinado a las acciones por una voluntad pura. En este sentido decimos que la *libertad del arbitrio* es la independencia de su determinación por impulsos sensibles, siendo éste el concepto negativo de *libertad*. El positivo sería: la facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica¹⁷².

Analicemos con detenimiento este concepto positivo de libertad. Para ello, hemos de insistir en la idea ya apuntada anteriormente de

¹⁷² Sobre este punto, ver: N. BOBBIO, *Due concetti di libertà nel pensiero politico di Kant*, en *Studi in onore di E. Crosa*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1960.

que la razón pura no puede ser práctica sino mediante el sometimiento de cada una de las máximas (subjetivas) de nuestros actos a *las condiciones de aptitud para convertirse en ley universal*. Como se trata de la razón pura y por tanto, en cuanto que aplicada al arbitrio sin tener en cuenta el objeto de éste, esas condiciones de aptitud sólo podrán referirse a la forma, porque la materia le abandona; de tal manera que podemos decir que la razón pura sólo puede ser práctica, si erige en ley suprema y fundamento de determinación del arbitrio, la forma misma de las condiciones de aptitud de la máxima del mismo para convertirse en ley universal. Y ya que las máximas del hombre (que proceden de causas subjetivas) no coinciden por sí mismas con las objetivas, esa ley suprema sólo puede prescribirse como imperativo (de prohibición o mandato). La facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica (la libertad), es pues una facultad legisladora y sólo desde ésta es posible hablar de la libertad¹⁷³.

¹⁷³ Ver sobre este punto: G. PALOMBELLA, *Soggetti, azioni, norme: saggio su diritto e ragion pratica*, Milano, Franco Angeli, 1988.

5.2.- EL DERECHO

5.2.1.- LEY, UNIVERSALIDAD, COACCIÓN Y DERECHO

Las leyes de la libertad se denominan *leyes morales* para distinguirlas de las leyes de la naturaleza, porque sólo en la medida en que pueden considerarse como fundadas a priori y necesarias, valen como leyes. La razón de esta aclaración es que la Ciencia de la naturaleza, que se ocupa de los objetos de los sentidos externos, cuando es aplicada a experiencias particulares como es el caso de la Física, puede *aceptar* varios principios *como* universales basándose en la prueba de la experiencia, con la única finalidad de preservar sus proposiciones del error. Ahora bien, ningún testimonio de la experiencia puede *valer universalmente en sentido estricto* si sus fundamentos no han sido derivados a priori. Ese sistema de principios a priori para la Ciencia de la naturaleza sería la Ciencia metafísica de la naturaleza. Pues bien, por su parte, para las leyes morales no valdría ese “*aceptar como universalmente válidos*”

determinados principios, porque ellas mismas carecerían de significado moral si sólo contuvieran lo que puede aprenderse de la experiencia; y como dice Kant, si nos dejásemos inducir a convertir en principio moral algo extraído de esa última fuente, correríamos el peligro de caer en los errores más groseros y perniciosos. ¿Cuál podría ser entonces ese error tan tremendo?. Pues sería precisamente pretender crear la ficción o apariencia de que la razón puede a priori, antes de la experiencia, comprender por qué medios se puede alcanzar el disfrute duradero de los placeres de la vida, cuando sólo la experiencia puede enseñar lo que nos produce alegría ya que los preceptos de la moralidad mandan a cada uno sin atender a sus inclinaciones: únicamente porque, y en la medida en que, es libre y está dotado de razón práctica. Es decir, que todo intento de la razón por enseñarnos a priori algo acerca de la felicidad carecería de fundamento, y esos aparentes y ficticios razonamientos a priori, esos intentos de “*acceptar como*” universalmente validos determinados principios, no serían en realidad más que *experiencia, elevada a generalidad por inducción*; “*generalidad (secundum principia generalia, non universalia)* que

es además tan precaria que ha de permitirse a cada uno una infinidad de excepciones para adaptar la elección de su modo de vida a su peculiar inclinación y a su predisposición hacia el placer, y para escarmentar, por último, sólo en cabeza propia o en la ajena”¹⁷⁴.

Veamos a continuación qué diferentes clases de leyes podemos encontrarnos bajo el espectro de la ley moral:

- a) *Leyes jurídicas*: son aquellas que regulan la conformidad de las acciones externas con la ley moral. A la mera concordancia de la acción con estas leyes jurídicas, sin tener en cuenta el por qué de la misma, se le denomina *legalidad*¹⁷⁵.

¹⁷⁴ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pg. 20.

¹⁷⁵ Sobre esta cuestión se puede consultar, entre otras, la obra de G. DEL VECCHIO, *Sulla positività come carattere del Diritto*, en *Rivista di filosofia*, III (1911), Modena, Formiggini, 1909.

b) *Leyes éticas*: son aquellas que regulan la conformidad de las acciones externas con la ley moral, siendo además ellas mismas el fundamento de determinación de la acción, es decir, siendo la misma idea del deber el móvil de mi acción. La coincidencia de la acción con estas leyes éticas se llama *moralidad*.

En cuanto que leyes que caen dentro del ámbito de la ley moral, tanto las leyes jurídicas como las morales son leyes de la libertad, ahora bien, las primeras lo son sólo de la libertad en el ejercicio externo del arbitrio; las segundas lo son tanto en el ejercicio externo como interno del mismo, ya que su fundamento de determinación es la razón misma. Esta distinción es la que nos determina a hablar de una legislación exterior para referirnos a la legislación jurídica y a la doctrina del Derecho; y otra legislación *interior* que se refiere a la legislación ética y a la doctrina de la virtud.

En este contexto debe inscribirse la siguiente cita:

“En la filosofía teórica se dice: en el espacio están sólo los objetos del sentido externo, pero en el tiempo están todos, tanto los objetos del sentido externo como los del interno : porque las representaciones de ambos son sin duda sus representaciones y, en esta medida, pertenecen en su totalidad al sentido interno. De igual modo, consideremos la libertad en el uso externo o interno del arbitrio, sus leyes, como leyes puras prácticas de la razón para el arbitrio libre, tienen que ser a la vez fundamentos internos de determinación del mismo, aunque no siempre sea posible considerarlas bajo este aspecto”¹⁷⁶.*

Por tanto, toda *legislación* (prescriba acciones internas o externas, y éstas, bien a priori mediante la mera razón, bien

* Es necesario precisar aquí, que entendemos el concepto de *sentido* utilizado por Kant, como la referencia de la sensibilidad (que consiste en lo subjetivo de nuestras representaciones) a un objeto para conocerlo (según la forma, mediante intuiciones puras; según la materia, mediante sensaciones). Es por tanto, la sensibilidad convertida en elemento del conocimiento.

¹⁷⁶ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 18.

mediante el arbitrio ajeno; es decir, trátase de leyes jurídicas o de leyes éticas), comprende dos elementos:

- 1) Una ley propiamente dicha, que representa *objetivamente* como necesaria la acción que debe suceder, convirtiéndola así en *deber*. La ley, en su dimensión objetiva, convierte pues la acción en deber, resultando de esa representación de la acción como deber, un conocimiento meramente teórico de la posible determinación del arbitrio, es decir de la regla práctica.

- 2) Un móvil que liga *subjetivamente* con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de la acción.

En buena lógica con lo dicho más arriba, una legislación que haga de una acción un deber y de la idea misma del deber su móvil, será una legislación ética; una legislación que no incluya el deber como móvil, admitiendo otros móviles distintos a la idea misma del

deber, será una legislación jurídica. Respecto a la ubicación de los móviles propios de esta última, habrá que localizarlos en lo que Kant denomina los fundamentos *patológicos* de la determinación del arbitrio, es decir, en las inclinaciones y aversiones y, entre éstas, en las últimas, “*porque tiene que ser una legislación que coaccione, no un reclamo que atraiga*”¹⁷⁷. Por tanto, el móvil que une la legislación jurídica con el deber será la coacción externa.

Resumiendo, nos enfrentamos con dos clases de deber: un deber moral y un deber jurídico. Mientras que el primero no se preocupa solamente de la conducta misma, sino también y sobre todo de su máxima y móvil subjetivos; el deber jurídico prescinde de esas consideraciones para enjuiciar solamente la conducta como tal, en su existencia y realización objetivas. En este sentido, la mera coincidencia o no coincidencia de una acción con la ley, sin prestar atención a sus móviles, es lo que constituye su *legalidad*, mientras que su *moralidad* sólo se revela cuando queda constancia de que

¹⁷⁷ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 24.

esa acción ha sido realizada teniendo como único móvil la idea del deber. En el primer caso nos situamos en el terreno de la coacción mientras que en el segundo, como mucho, podríamos hablar de orden.

Pues bien, la posibilidad de imponer un acto mediante la coacción externa es precisamente la nota esencial del concepto de Derecho y, de lo que se trataría entonces, sería de concebir la posibilidad de una mutua coacción compatible según leyes generales con la libertad de cualquiera. Veamos a continuación si tal concepción es posible, apoyándonos para ello en un análisis detenido de la indagación kantiana en torno a la doctrina del Derecho y al propio concepto de Derecho¹⁷⁸.

Para acometer esta tarea lo primero que debemos hacer es precisar con claridad el significado de cuatro conceptos básicos, a saber: Doctrina del Derecho, Doctrina del Derecho positivo,

¹⁷⁸ Sobre este tema ver la Introducción a la Doctrina del Derecho, en I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., pp. 37 a 46.

Jurisprudencia y, por último, Ciencia del Derecho. Veamos pues estos conceptos:

- Utilizamos el término *doctrina del Derecho (Ius)*, para referirnos a la *posibilidad* de articulación de un conjunto de leyes en una legislación exterior.
- La *doctrina del Derecho positivo*, por su parte, alude a la *realidad* de esa articulación.
- La *Jurisprudencia* se ocupa del carácter *práctico* de la legislación externa, es decir, de la aplicación de esa legislación externa real (Derecho positivo) a los casos que se presentan en la experiencia. La jurisprudencia viene así a añadir al factor de realidad de la legislación externa, un nuevo elemento, a saber, su dimensión práctica.
- La *Ciencia del Derecho*, por el contrario, nos exige prescindir de ese carácter práctico, de esa nueva dimensión

de la legislación externa resultante de su aplicación práctica a los casos de la experiencia. Exige, en última instancia, prescindir del propio carácter externo de la ley y de su fundamento, para centrar la atención en el fundamento interno y por consiguiente en el *análisis de la concordancia de los dictados de la ley con los dictados de la razón individual*. La Ciencia del Derecho será entonces el *conocimiento sistemático de la doctrina del Derecho natural*, doctrina esta última que, en tanto halla su fundamento en la razón misma (por ello hablamos de fundamento interno), es la única a que podemos acudir para extraer los principios inmutables de toda legislación positiva (externa). Podemos afirmar entonces, sin temor a equivocarnos, que el Derecho natural contiene la posibilidad de cualquier acto jurídico.

Una vez hechas las anteriores precisiones conceptuales nos hallamos en condiciones de abordar la pregunta clave, a saber, ¿qué es el Derecho?:

Una primera respuesta podría darse sin demasiada dificultad argumentando que Derecho es lo que dicen las leyes en un lugar y momento determinados. Ahora bien , si queremos dar una solución más general, tendremos que buscar un criterio igualmente general que nos permita reconocer lo justo y lo injusto. ¿Cómo podemos hallar ese criterio general?. Mediante lo que Kant denomina *deducción trascendental* que consiste en lo siguiente:

- 1) Abandonar (momentáneamente) todo principio empírico, escapar del ámbito del Derecho positivo y olvidar el carácter externo de la ley, para servirnos de ello únicamente en la medida en que nos sirva de instrumento de indagación (Kant dice exactamente *de hilo conductor*) del fundamento interno de la misma.

- 2) Buscar ese fundamento interno de la ley (es decir, las fuentes de los juicios positivos) en la mera razón, para poder así erigir los fundamentos de una posible legislación positiva. Porque “*una doctrina jurídica únicamente empírica es (como*

la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”¹⁷⁹.

Pues bien, de estos dos pasos a seguir para dilucidar cuál sea ese criterio general que nos ayude a averiguar qué es el Derecho según la distinción entre lo justo y lo injusto, el segundo (y por tanto el segundo momento de la deducción trascendental), nos conduce directamente a revisar una vez más el concepto *moral* del Derecho, teniendo en cuenta por tanto que “moral” hace referencia a la vinculatoriedad que se deriva del Derecho en forma de obligatoriedad general de la ley.

En este contexto debe entenderse la afirmación kantiana de que el concepto de Derecho afecta solamente a la relación externa y práctica entre dos personas cuyas acciones pueden influirse entre sí; teniendo en cuenta que lo que se relaciona es el arbitrio, no el

¹⁷⁹ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 38.

deseo. Es decir, se relacionan las conciencias individuales cuyo objetivo es producir, *mediante la acción*, un efecto (objeto) deseado; se relacionan las acciones conscientes dirigidas a producir el objeto del deseo. Y en ese relacionarse, es muy importante insistir en que el Derecho no debe atender a la materia del arbitrio (es decir, al fin que cada cual se propone obtener con sus acciones), sino sólo y exclusivamente a la forma de la relación, en tanto en cuanto dicha relación se considera como *libre* (independiente, en la medida de lo posible, de condicionantes externos) y acorde a la razón de cada uno. Y es de vital importancia insistir en este dato porque, no debe olvidarse, de lo que se trata en definitiva es de *crear las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad*; porque esto es precisamente el Derecho¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Una vez más, la clave argumentativa se centra en el concepto de “libertad” puesto en relación con el carácter dependiente del arbitrio respecto de los condicionantes externos. Recordemos que el arbitrio, al estar afectado sensiblemente y por tanto no regido por una razón pura, necesita para relacionarse con el arbitrio de los otros de leyes morales en forma de imperativos (mandatos o prohibiciones) categóricos (incondicionados,

Así definido el concepto de Derecho, podemos entender entonces que una acción conforme a Derecho sea aquella cuya *máxima* permita a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal. Pues bien, este es el principio de todas las máximas, lo cual no significa, por otra parte, que haya de convertirse en máxima de mi acción. Es decir, como ya hemos explicado anteriormente, no se trata al hablar de “lo conforme a Derecho” de que ese principio se convierta en móvil de mi acción (lo cual sería una exigencia ética); sino de que yo, con mi acción externa, no obstaculice la libertad del arbitrio del otro. Podemos decir por tanto, que la obligación que me impone la ley universal del Derecho al ordenarme “obrar externamente de tal modo que el uso libre de mi arbitrio pueda coexistir con la libertad de los otros según una ley universal”, no es susceptible de ser acatada por “deber” si hablamos en términos de “lo conforme a

formales), que deberán ser el fundamento de determinación del Derecho, es decir, de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad.

Derecho”, porque como ya sabemos, las acciones cuyo móvil es el “deber” son acciones virtuosas, pertenecientes a la virtud, y su obligatoriedad viene determinada por la legislación ética (interior), no por la jurídica (exterior). En definitiva, podemos concluir que lo que la razón plantea en relación con la ley universal del Derecho, es que mi libertad se halla restringida a dicha ley en su idea, y que puede ser además restringida de hecho por otros; que hay que actuar de una determinada manera. Lo que la razón no dice en este ámbito es que haya que actuar de esa determinada manera por “deber”, porque “deba ser”, sino que hay que hacerlo porque así “es”; de lo cual podría extraerse como consecuencia la libre facultad de actuar contra lo que “es” si no coincidiera con lo que “debe ser”.

Por último y para finalizar este análisis del concepto de Derecho, nos queda por estudiar la que hemos considerado más arriba como su nota esencial, a saber, la posibilidad de imponer un acto mediante la coacción externa; demostrando a la vez que es posible concebir la posibilidad de una mutua coacción compatible según leyes generales con la libertad de cualquiera.

Respecto a lo primero, a si el Derecho está ligado a la facultad de coaccionar, hay que decir que no obstante la coacción pueda ser considerada en sí misma como un obstáculo a la libertad, cuando un determinado uso de la libertad suponga un obstáculo a la *libertad-según-leyes-universales* (y por tanto vaya en contra de la ley universal del Derecho y no sea conforme a Derecho), entonces el uso de la coacción será conforme a Derecho ya que supondrá una resistencia a aquello que obstaculiza la libertad-según-leyes-universales, haciendo así nacer la concordancia entre una y otra (entre coacción y libertad-según-leyes-universales). Por tanto, la facultad de coaccionar a quien con sus acciones viola las máximas que salvaguardan la libertad-según-leyes-universales (y por tanto el Derecho), es conforme a Derecho.

Vemos por tanto que coacción y libertad no son elementos ni inconexos ni contrapuestos, y que una coacción que obliga a todos, una coacción recíproca universal, es “conforme a Derecho” y concuerda con la libertad-de-cada-uno-según-leyes-universales. La

prueba de esta afirmación nos la da el propio Kant con las siguientes palabras:

*“Así como el Derecho en general sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el Derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por tanto, sólo puede llamarse Derecho **estricto** (restringido) al Derecho completamente externo. Sin duda, éste se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar al arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales. Por consiguiente, cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que*

pueda persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción, que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual, por tanto, también con la suya, según una ley externa universal: Derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa”¹⁸¹.

Lo más relevante de este párrafo, es que a partir de la caracterización del Derecho estricto (no mezclado con nada ético y desvinculado del concepto del deber), y de su exigencia de fundamentos de determinación del arbitrio exclusivamente externos, plantea una distinción fundamental, a saber, entre ese fundamento externo de determinación del arbitrio en que consiste precisamente la *coacción*; y aquel otro fundamento de determinación interno que es la *conciencia* de cumplir por deber la obligación que impone la ley. Esta diferenciación entre un orden interno y un orden externo es lo que le permite a Kant, una vez más,

¹⁸¹ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pp. 41, 42.

abrir la posibilidad de una coacción obligatoria para todos concordante con la libertad de cada uno según leyes universales; dicho con otras palabras, una coacción recíproca universal conforme a Derecho¹⁸².

5.2.2.- DIVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL DERECHO

La exposición del sistema de la razón práctica es efectuada en “La Metafísica de las Costumbres”, que se divide en la Doctrina del Derecho y la Doctrina de la Virtud. Mientras que la primera se relaciona únicamente con la condición formal de la libertad externa, la segunda ofrece aún una materia (un objeto del arbitrio libre), un fin. *“Un fin es un objeto del arbitrio (de un ser racional), por cuya representación éste se determina a una acción encaminada a producir ese objeto. (Pues bien, yo puedo ciertamente ser obligado por otros a realizar acciones que se dirigen como medios a un fin,*

¹⁸² Para profundizar sobre esta cuestión, ver: K. LISSER, *El concepto del Derecho en Kant*, traducción española de A. Rossi, México, Universidad Nacional Autónoma, 1959.

pero nunca a proponerme un fin, sino que sólo yo puedo proponerme algo como fin)”¹⁸³. Y es que, ciertamente, no hay ninguna otra determinación del arbitrio que se resista a ser obligada por el arbitrio de otros, más que la determinación de un fin. Porque cualquier “otro” podrá, en todo caso, coaccionarme a hacer algo que no es un fin mío (sino un medio para un fin de otro), pero no puede, nunca, coaccionarme a que lo convierta en un fin propio. No es posible tener fines sin hacerlos propios, porque ello sería totalmente contradictorio: sería un acto de la libertad que no sería libre.

Ahora bien, si resulta que existe en mí la obligación de proponerme como fin algo que reside en los conceptos de la razón práctica, y de tener por tanto, además de un principio formal de determinación del arbitrio (como el que contiene el Derecho), un fundamento material (consistente en un fin oponible al fin procedente de los impulsos sensibles), entonces estaríamos ante el concepto de un *fin que es en sí mismo un deber* . En tal caso, al

¹⁸³ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 230.

proponerme a mí mismo un fin que es a la vez un deber, estaría autocoaccionándome, y esto, como dice Kant, se concilia muy bien con la libertad y no es contradictorio.

En este punto, es importante precisar que en buena lógica, la doctrina que se ocupe de aquel *fin que es en sí mismo un deber* no pertenecerá a la doctrina del Derecho, sino a la ética, que es la única que comprende en su concepto la *autoacción* según leyes (morales). La ética podría definirse entonces como el sistema de los fines de la razón pura práctica (dados *a priori*, con independencia de las inclinaciones).

Deber y *fin* marcarían por consiguiente la distinción entre las dos secciones de la Doctrina general de las Costumbres: la Doctrina del Derecho y la Doctrina de la Virtud; y el hecho de que la ética contenga deberes a cuyo cumplimiento no podemos ser obligados por otros y para los que no es posible por tanto una legislación externa, es sencillamente la consecuencia de que sea una doctrina de los fines. Esos deberes bien podrían denominarse *deberes de*

virtud para distinguirlos de los deberes propiamente dichos, o *deberes de obligación*, o deberes jurídicos, para los que sí es posible una tal legislación.

En este contexto, habíamos definido anteriormente la doctrina del Derecho, como el conjunto de leyes o sistema de principios emanados de la razón, para los que es posible una legislación exterior. Esta definición está exigiendo por tanto un sistema emanado de la razón, un sistema metafísico; pero sucede que semejante sistema no es predicable respecto del Derecho dado que Derecho es un concepto práctico, y como tal, enfocado a la aplicación a casos concretos de la experiencia, que como mucho podrán servirnos como ejemplos en las observaciones pero en ningún caso constituirse en partes integrantes de ese sistema. Esto es debido a la imposibilidad de alcanzar la completud propia de todo sistema racional a partir de la multiplicidad empírica de los casos, ya que la división perfecta de lo empírico es de suyo imposible. Por esta razón nos vemos obligados a conformarnos con una mera aproximación al sistema y a cambiar la expresión

“metafísica del Derecho” por la de “principios metafísicos de la doctrina del Derecho”, para referirnos con ella a nuestro intento de captación del Derecho como sistema (y por tanto a priori), dejando al ámbito de la praxis jurídica empírica toda referencia a los casos particulares de la experiencia.

Veamos por tanto cuales son los principios en que se fundamenta la división de la doctrina del Derecho y cómo se estructura dicha división. Nos referiremos en primer lugar a los principios que fundamentan la división del sistema de los deberes jurídicos, y después a la división de los derechos, lo cual nos proporcionará los pilares para terminar haciendo una exposición de conjunto o síntesis de la división de la Doctrina del Derecho. Por tanto:

1. Principios de la división del sistema de los deberes jurídicos:

Estos principios, extraídos por Kant de las tres fórmulas clásicas expuestas por Ulpiano en el primer libro del Corpus Iuris Civilis, son:

I. La afirmación del sujeto como valor en sí mismo y por tanto como fin, en su relación con los demás.

Se trata de un principio emanado de la propia razón y por tanto a priori, porque el hombre (gracias a su facultad de libertad), y la humanidad toda, son un fin en sí mismos antes que medios para un fin. Daría pues lugar a un deber de carácter *interno* que se expresaría de la siguiente manera: “No te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos además un fin”. Este deber hallaría su correspondencia en la obligación que emerge del derecho de la humanidad en nuestra propia persona.

La formulación clásica según Ulpiano sería: *sé un hombre honesto (honeste vive)*, que se concretaría en la *honestidad jurídica (honestas iuridica)*.

Es importante poner la máxima atención en que no se está hablando aquí ni del fin de los hombres (sino del *derecho* de los hombres), ni del fin de la humanidad en nuestra propia persona (sino del *derecho* de la humanidad en nuestra propia persona), porque ello nos desviaría del tema situándonos en la Doctrina de la Virtud.

- II. Principio de no dañar a nadie (*neminem laede*) en la relación con los otros, aún cuando para ello fuera necesario desprenderse de toda relación. Este principio daría lugar a deberes de carácter *externo*.

- III. Principio que se refiere a la necesidad de que cada sujeto, dentro de la sociedad en que se integre, pueda ver asegurado “lo suyo” frente a los demás. Este deber se formularía de la siguiente manera: “Entra en una sociedad con otros, en la que a cada uno se le pueda mantener lo suyo”.

Es importante resaltar que en esta clase de deberes se presupone un “suyo”, “tuyo” o “mío”, cuya existencia es anterior (íntima o innata); se presume que cada individuo tiene naturalmente (racionalmente) derecho a lo suyo, presunción que imprime a los deberes que emanan de este tercer principio un carácter externo peculiar, al ser obtenidos por derivación a partir del principio de los deberes de carácter interno, según una operación de subsunción de lo diverso en la unidad, es decir, de los deberes puramente externos en el principio de los internos, lo cual les confiere la impronta de la afirmación del propio sujeto como valor en sí mismo, como fin en sí mismo, en su relación con los demás.

2. Principios de la división del sistema de los derechos:

No es del todo correcto hablar en este apartado de “principios” (en plural) de la división del sistema de los derechos; antes bien, y aunque Kant no lo plantea propiamente como *principio* sino como *derecho*, debemos apuntar la existencia de un solo “principio” que nos determina la división del sistema de los derechos, a saber: el principio de la libertad innata (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), que en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, se convierte en el derecho único originario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. Todos los demás “derechos” innatos como por ejemplo la igualdad innata, que equivale a la independencia consistente en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que recíprocamente podemos obligarles; o la facultad de hacer a otros lo que no les perjudique, si así quieren tomarlo, como comunicarles el propio pensamiento o realizar promesas; todos estos “derechos” innatos, decíamos, se encuentran contenidos

en el principio de la libertad innata como miembros de la división bajo un concepto superior del derecho. No hay pues “derechos” en lo que respecta a lo innato, y por consiguiente en lo que respecta a lo mío y tuyo interno, sino *un sólo* “derecho”.

Hecha esta aclaración y asentado el principio de la libertad innata como el único principio para la división del sistema de los derechos, estamos ya en condiciones de abordar el resto de sus elementos y cómo se relacionan entre sí.

En primer lugar, aparecería junto al *derecho innato* el *derecho adquirido* y, mientras que el primero correspondería a cada uno por su naturaleza, con independencia de todo acto jurídico; el segundo sería aquel para el que se requiere un acto de este tipo. En este contexto y en este sentido debe entenderse a Kant cuando dice que lo mío y lo tuyo innato puede también

denominarse lo *interno*, porque lo *externo* ha de ser siempre adquirido. Pues bien, tomando como referente dicho aserto debe entenderse la que, a mi modo de ver, constituye la afirmación fundamental kantiana respecto a la división de la doctrina del derecho, expuesta por el propio autor de la siguiente manera:

*“Puesto que no hay **derechos** en lo que respecta a lo innato, por consiguiente a lo mío y tuyo interno, sino sólo **un** derecho, se bosqueja en los prolegómenos esta división suprema, como constituida por dos miembros extremadamente desiguales en cuanto al contenido, y la división de la doctrina del derecho sólo puede referirse a lo mío y lo tuyo externos”¹⁸⁴.*

Hablamos por tanto de un mío y tuyo externos que son también un mío y tuyo en el estado de naturaleza, no

¹⁸⁴ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 50.

existiendo entre ambos pares diferencia material alguna sino simplemente una desigualdad de contenido, porque todo individuo tiene naturalmente (racionalmente) derecho a lo suyo. Por esta razón, y porque ese derecho natural racional innato sólo provisionalmente puede venir garantizado en el estado de naturaleza, se hace necesaria la promulgación de leyes públicas que lo aseguren de manera perentoria. Y es en base a esa necesidad de garantías, que cada sujeto posee un derecho originario de coaccionar a los demás a respetar su libertad y a entrar en un estado civil, abandonando la provisionalidad del estado de naturaleza. Más adelante se tratará este tema con detenimiento pero baste por el momento con lo enunciado para no desviar la atención del asunto principal que ahora nos ocupa, a saber, la división de la doctrina del Derecho.

Hemos empleado pues la expresión “derecho natural”, para referirnos a aquel conjunto de preceptos sistemáticos

que sólo se basan en principios a priori de la razón, resultando por tanto cognoscible a priori por la razón de todo hombre. Utilizaremos sin embargo la fórmula “derecho positivo” (estatutario) para significar aquel otro sistema que procede de la voluntad del legislador. Lógicamente, el primero tendrá que erigirse como el criterio racional del segundo ya que si debe existir un criterio general que nos permita dilucidar qué es el Derecho según la distinción entre lo justo y lo injusto, sólo en la razón podremos hallarlo, porque el Derecho positivo se limitará a decir lo que es de Derecho. El legislador veráse de este modo confrontado con el canon del derecho racional. El Derecho positivo veráse supeditado al racional que le proporciona el criterio y la legitimación y que lo subsume.

Se hace imprescindible a continuación formular la siguiente matización que resulta de vital importancia para

nuestra explicación. Empleamos para ello las propias palabras de Kant:

*“La división suprema del derecho natural no puede ser la división en derecho **natural** y **social** (...), sino la división en derecho natural y civil: el primero de los cuales se denomina **derecho privado** y el segundo **derecho público**. Porque al estado de naturaleza no se contrapone el estado social sino el civil: ya que en aquel puede muy bien haber sociedad, sólo que no **civil** (que asegura lo mío y lo tuyo mediante leyes públicas), de ahí que el derecho en el primer caso se llame derecho privado”¹⁸⁵.*

Pueden encontrarse por tanto formas de sociedad en el estado de naturaleza que, consecuentemente, no vengán aseguradas mediante leyes públicas; trataríase entonces de

¹⁸⁵ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 54.

formas sociales naturales completamente diferentes de la denominada sociedad civil.

Resumiendo, podemos concluir que la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, entre estado natural y estado civil, concuerda con aquella otra que diferencia entre Derecho privado y Derecho público, siendo así que este último no trataría sino de asegurar el primero (el Derecho privado) mediante el poder del Estado; lo cual nos lleva directamente a una nueva consideración, a saber, la de un Derecho preestatal (que como hemos visto bien puede ser social) y un Derecho estatal.

La articulación de los conceptos contenidos en estas divisiones bipartitas constituye otra de las claves de la doctrina jurídica kantiana, la cual, como ya hemos podido descubrir y tendremos ocasión de ver en los siguientes

epígrafes, se construye fundamentalmente en torno a la doctrina de la propiedad.

Para terminar, y a fin de proporcionar una visión de conjunto, procedemos a reproducir en forma de esquema la división kantiana de la Doctrina del Derecho:

Doctrina del Derecho

A. Derecho Privado respecto a los objetos exteriores: conjunto de leyes que no precisan promulgación exterior.

a) El modo de *tener* algo exterior como suyo

b) El modo de *adquirir* algo exterior

I. El derecho real

II. El derecho personal

III. El derecho personal de carácter real

B. Derecho Público: conjunto de leyes que precisa promulgación pública.

- a) El derecho político
- b) El derecho de gentes
- c) El derecho cosmopolita

5.2.3.- PROPIEDAD EXTERNA *VERSUS* PROPIEDAD INTERNA: EL MODO DE TENER ALGO EXTERIOR Y EL MODO DE ADQUIRIR ALGO EXTERIOR.

En este epígrafe se va a tratar uno de los temas fundamentales que proporcionan la clave para comprender la problemática de la teoría jurídica liberal. Se trata del concepto de “propiedad” estrechamente vinculado al de “derecho” (real o personal), para cuya exposición seguiremos apoyándonos en la teoría kantiana con la única finalidad de llegar, basándonos en ella, a las siguientes conclusiones que podría decirse constituyen la clave de la teoría jurídica del liberalismo, a saber:

- Que la propiedad deviene condición *sine qua non* de la exterioridad objetiva del sujeto.
- Que mediante la ley externa, encargada de regularizar lo externo, se asigna a cada uno lo que es de su propiedad; mientras que la ley interna solamente se relacionaría con la libertad de la voluntad.
- Que la relación entre ley externa y ley interna constituye el *deber ser*.

Veamos por tanto en base a qué argumentos llegamos a las anteriores afirmaciones.

Lo primero que ha de quedar claro es que, según Kant, con la expresión *jurídicamente mío* quieren significarse fundamentalmente dos cosas: primera, que el uso que otra persona puede hacer sin mi consentimiento de eso que es jurídicamente mío, me lesionaría;

segunda, que la condición subjetiva de la posibilidad del uso en general es la posesión. Es de suponer por tanto, que no se poseen los objetos sino el uso de los mismos. Poseer una cosa significaría estar facultado para usarla.

A continuación resulta necesario hacer la siguiente precisión: decimos de algo *exterior* que es *mío* si puede suponerse que, efectivamente, el uso que otra persona hiciera de ello me lesionaría; ahora bien, debe quedar claro que esto ha de ser así, aun cuando yo no tenga la posesión *física, empírica o sensible* de ese algo exterior, en un momento y lugar determinados; eso sí, siempre que me halle en su posesión *inteligible* o meramente *jurídica*, es decir, siempre que posea *racionalmente* ese algo que, como objeto *fuera de mi* (exterior), debe entenderse no tanto en el sentido de *en otro lugar* físico como sencillamente en la acepción de *diferente de mi* (del sujeto).

Entonces, lo *mío exterior* será aquello cuyo uso no puede estorbármese sin lesionarme aun cuando yo no esté en posesión de

ello (no sea tenedor del objeto). Ahora bien, insistimos, en algún tipo de posesión del objeto exterior tendré que estar si dicho objeto debe llamarse *mío*; porque si no, aquel que actuara sobre dicho objeto contra mi voluntad no me afectaría a la vez a mí y, por tanto, tampoco me lesionaría. De aquí que sea necesario presuponer como *posible* una *posesión inteligible (possessio noumenon)*, resultando que la *posesión empírica* (tenencia) sería sólo posesión en el fenómeno (*possessio phaenomenon*), y lo que es más importante:

*“(...) aún cuando el objeto que poseo no sea considerado aquí , tal como sucede en la Analítica trascendental, como fenómeno, sino como cosa en sí; porque allí se trataba para la razón del conocimiento teórico de la naturaleza de las cosas, y hasta donde puede alcanzar, pero aquí se trata para ella de la determinación práctica del arbitrio conforme a leyes de la **libertad**, ya sea pues el objeto cognoscible por los sentidos o sólo por el entendimiento puro, y el **derecho** es un tal **concepto racional** puro práctico del arbitrio bajo leyes de la libertad.*

*Precisamente por eso tampoco debería decirse razonablemente: poseer un derecho sobre este o aquel objeto, sino más bien poseerlo sólo **jurídicamente**; porque el derecho es ya una posesión intelectual de un objeto, pero poseer una posesión sería una expresión sin sentido”¹⁸⁶.*

Por tanto, el modo de tener algo exterior consiste en el enlace jurídico de la voluntad del sujeto con el objeto, independientemente de la relación espacio-temporal con el mismo, según el concepto de la posesión inteligible.

Al objeto de arrojar luz sobre lo anterior, debemos aprovechar la rara ocasión que Kant nos brinda (teniendo en cuenta su explícita aversión a tomar ejemplos de la experiencia por la distorsión que ello produce en el entendimiento), al proporcionarnos dos ejemplos al respecto en diferentes momentos de “La Metafísica de las Costumbres”, que a continuación reproducimos.

¹⁸⁶ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pp. 60,61.

*“Un lugar sobre la tierra no es algo mío exterior porque yo lo ocupe con mi cuerpo (pues esto afecta sólo a mi **libertad** exterior, por consiguiente, sólo a la posesión de mí mismo, no de una cosa exterior a mí, y es por tanto sólo un derecho interno); sino que sólo afecta a mi derecho si todavía lo poseo, aunque me haya alejado de él y me encuentre en otro lugar; y quien desee convertir la permanente ocupación de este lugar por mi persona en condición para tenerlo como mío, tiene que o bien afirmar que no es posible en modo alguno tener algo exterior como suyo, o pretender que, para hacerlo posible, yo esté en dos lugares a la vez; pero entonces esto es tanto como decir que debo estar y no estar en un lugar, lo cual es contradictorio”¹⁸⁷.*

¹⁸⁷ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 67.

*“Así, no llamaré mía a una manzana porque la tenga en mi mano (la posea físicamente), sino sólo cuando pueda decir: yo la poseo, aunque la haya alejado de mí, dondequiera que sea; igualmente, no podré decir del suelo sobre el que me he situado que sea mío por eso; sino sólo si puedo afirmar que sigue estando en mi posesión, aun cuando yo haya abandonado tal lugar. Pues el que quisiera quitarme de la mano la manzana en el primer caso (el de la posesión empírica) o expulsarme de mi sitio, me lesionaría sin duda en lo mío **interior** (la libertad), pero no en lo mío exterior, a no ser que yo pudiera afirmar que, aun sin tenencia, estoy en posesión del objeto; por tanto, tampoco podría llamar míos a estos objetos (la manzana y el emplazamiento)”¹⁸⁸.*

Los principios de lo mío y lo tuyo exterior descansan sobre el concepto de libertad, concepto cuya posibilidad hemos dicho no es teóricamente deducible, sino inferible a partir de la ley práctica de

¹⁸⁸ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 59.

la razón (el imperativo categórico) como un *factum* de la misma. La posibilidad de una posesión inteligible, de un *mío* y *tuyo* exteriores, no es objeto de comprensión sino que se deriva del postulado de la razón práctica. Esto explica que poseer una cosa jurídicamente implique el uso compatible (justo) de la misma con la libertad de cualquier otra persona según una ley universal, lo cual sólo es posible si partimos de la consideración cierta de que todas las proposiciones jurídicas, por ser leyes racionales, son proposiciones a priori. Además, añade Kant, constituye una presuposición a priori de la razón práctica, considerar y tratar cualquier objeto de mi arbitrio como *mío* y *tuyo* objetivamente posibles, convirtiéndose esta presuposición en *postulado jurídico de la razón práctica*¹⁸⁹, también denominado *ley permisiva* de la razón práctica, en virtud de la cual se confiere al sujeto la competencia para imponer a los demás la obligación de abstenerse de usar ciertos objetos del propio arbitrio, por haber sido anteriormente posesionados por él. Dicho de

¹⁸⁹ El postulado jurídico de la razón práctica se enuncia de la siguiente manera: es deber jurídico actuar con respecto a otros de tal modo, que lo exterior pueda llegar a ser también para cualquiera suyo.

otro modo, el fundamento de validez de la *possessio noumenon* como legislación universalmente válida, reside en el deseo de la razón práctica de considerar la posesión según conceptos del entendimiento susceptibles de contener a priori las condiciones de la misma, antes que según conceptos empíricos, y de aquí deriva la obligación impuesta a los demás de abstenerse de usar el objeto por otro poseído, del hecho de que la razón práctica con su ley jurídica no quiere que se piense lo mío, lo tuyo y su posesión atendiendo a condiciones sensibles, sino prescindiendo de ellas, porque esto concierne a una determinación del arbitrio según leyes de la libertad.

En este contexto habría que situar el tratamiento dado a la posesión del suelo como acto *no arbitrario* del arbitrio privado, en tanto en cuanto el poseedor fundamentaría su acto, primero, en la idea de una posesión común innata o comunidad originaria del suelo, que no debe confundirse con la ficción de una comunidad primitiva contractualmente instituida en los primeros tiempos de las relaciones jurídicas entre los hombres y de cuya prueba debería dar

fe la historia, sino que goza de realidad objetiva (práctico-jurídica) por estar fundada en principios; y segundo, en la voluntad universal que le corresponde *a priori* a todo sujeto de permitir una posesión privada del suelo. Y es que de no ser así, si no se dieran conjuntamente en el sujeto la idea de una comunidad originaria y la voluntad de poseer privadamente el suelo, las cosas desocupadas (*res nullius*) convertiríanse en cosas en sí sin dueño, en cosas *ensimismadas*, cuya posesión quedaría prohibida a todo el mundo. Pues bien, no sólo no es así sino que se puede afirmar que *la posesión común originaria (como realidad objetiva o práctico-jurídica) contiene a priori el fundamento de la posibilidad de una posesión privada, y constituye además su fundamento jurídico o titulo possessionis* ¹⁹⁰, de tal manera que nadie estaría obligado a

¹⁹⁰ Lo cual es por otra parte perfectamente comprensible si lo observamos desde la óptica de los derechos reales propiamente dichos, en tanto en cuanto, la condición que hace posible que yo excluya a cualquier otro poseedor del uso privado de la cosa no puede ser otra que la idea de que existe una posesión común con todos los demás, porque “(...) *sin presuponer tal posesión común, es incomprensible cómo yo, que no estoy en posesión de la cosa, puedo ser lesionado por otros que lo están y la utilizan*”, porque por mi arbitrio unilateral no podría obligar a nadie a abstenerse de usar una cosa y sólo podría hacerlo

probar su posesión porque ésta sería un derecho natural no precisado de prueba alguna al hallar su fundamento en una realidad objetiva y sobre todo, al ser consecuencia inmediata del postulado jurídico de la razón práctica que, como hemos señalado en nota al pie, dispone el deber jurídico de actuar con respecto a los demás de tal manera que lo exterior pueda convertirse para cualquiera en suyo.

Queda por añadir que, según lo expuesto, el fundamento jurídico primero de toda adquisición, esgrimible por todo primer poseedor, vendría constituido por la primera toma de posesión, sin que por lo

desde el arbitrio unificado de todos en una posesión común. *“De no ser así, tendría que pensar el derecho a una cosa como si la cosa tuviera una obligación para conmigo y derivar de ahí el derecho frente a todo poseedor de la misma; lo cual es un modo de representación absurdo. (...) Por tanto, propia y literalmente hablando, no hay ningún derecho (directo) a una cosa, sino que se denomina así únicamente al que corresponde a alguien frente a una persona, que está en posesión común junto con todos los demás (en el estado civil)”*.

Los entrecomillados pertenecen a: I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pp. 76 y 77.

demás pueda exigírsele, como acabamos de ver, prueba alguna al respecto.

Resumiendo, la pretensión de tener algo exterior como propio contiene para los demás la obligación implícita de abstenerse del objeto de mi arbitrio, y representa para mí el reconocimiento de estar obligado recíprocamente a una abstención igual, resultando dicha obligación de una regla universal de la relación jurídica exterior que constituye su garantía. Ahora bien, una voluntad unilateral respecto a la posesión exterior de un determinado objeto no puede constituirse, dado su carácter contingente y su escasa fuerza legal (que sólo se encuentra en la voluntad universal), en ley coactiva universal, porque ello iría radicalmente en contra de la libertad según leyes universales. Por consiguiente, habría que buscar las garantías de seguridad en una voluntad a la que puede calificarse de acuerdo con Kant como *colectivo-universal (común)* y *poderosa*; una voluntad común capaz de dar fundamento a la posibilidad legal de existencia del estado civil.

Por tanto, el estado de la constitución civil sólo puede fundarse en una ley de la voluntad común y, el sometimiento a una legislación exterior universal (es decir, pública) investida de poder se produce concretamente, tal como anunciábamos en el epígrafe anterior, en dicho estado. Tenemos entonces que sólo bajo ese estado civil puede darse un *mío* y *tuyo* exterior, resultando además que todo sujeto podrá considerarse autorizado para obligar a cualquiera con quien tenga un conflicto sobre *lo mío* y *lo tuyo* a entrar a formar parte con él de una tal constitución civil.

Precisemos un poco más en qué consiste ese estado o constitución civil, añadiendo que se trata únicamente de aquel estado jurídico en el que a cada uno se le asegura lo *suyo* pero, insistimos, no en virtud del cual se asigna ni se determina ningún *suyo* a nadie, porque un tal *suyo* de alguien se presupone ya antes (o incluso prescindiendo) de semejante estado, como posesión jurídica

*provisional*¹⁹¹. Por tanto, la cuestión será garantizar la efectividad del tránsito desde esa posesión jurídica provisional anclada en el mundo de lo posible, a una posesión jurídica efectiva; o dicho de otro modo, garantizar la conversión de lo posible en efectivo y lo provisional en perentorio, lo cual sólo es posible al amparo de una ley de la voluntad común. Este argumento es enunciado por Kant de la siguiente manera, que reproducimos a modo de resumen:

*“En una palabra: el modo de tener algo exterior como suyo en el **estado de naturaleza** es la posesión física, que tiene para sí la **presunción** jurídica de poder convertirlo en jurídico al unirse con la voluntad de todos en una legislación pública, y vale en la espera como jurídica **por comparación**”*¹⁹².

¹⁹¹ Por esta razón, el Derecho Natural, deducible de principios *a priori*, no puede en el estado de una constitución civil ser dañado por sus leyes estatutarias.

¹⁹² I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 71.

En este mismo sentido habla el autor de un *estado jurídico público* adquirido por la unificación de la voluntad de todos con vistas a una legislación universal, que como tal derivaría de la voluntad particular de cada uno y sería a la vez omnilateral. Puede apreciarse aquí un cambio terminológico en el modo de expresión que es debido al tratamiento del tema dentro de un nuevo contexto, el del modo de *adquirir* algo exterior, que no es lo mismo que *tener* algo exterior sino que va un paso más allá.

De este modo enlazamos con el tema de la *adquisición* planteando que en ese estado jurídico público del que hablamos, construido a partir de principios de la voluntad mediante un acto jurídico exterior, la adquisición de un objeto exterior del arbitrio tiene que pasar obligatoriamente por tres momentos, de los cuales el último es de importancia capital y nos traslada directamente a las conclusiones con las que comenzábamos este epígrafe, como veremos. Estos tres momentos serían, siguiendo a Kant :

1. La *aprehensión* o toma de posesión del objeto de mi arbitrio en el espacio y en el tiempo (es decir, en el ámbito de la posesión fenoménica), según la ley de la libertad exterior (lo cual obliga a suponer que el objeto no pertenece a nadie, porque si perteneciese a alguien se opondría a la libertad de los otros según leyes universales).

2. La *declaración* de la posesión del objeto y del acto de mi arbitrio de apartar a cualquiera de él. Es decir, la declaración de mi facultad de usar el objeto aprehendido, según el postulado de la razón práctica.

3. La *apropiación* como acto de una voluntad universal y exteriormente legisladora (en la idea), por el que se obliga a todos a concordar con mi arbitrio. En virtud de este acto puedo decir que es mío lo que yo *quiero* que sea mío de acuerdo con la idea de una posible *voluntad* unificada. En este momento la validez de la posesión es meramente jurídica, cae de lleno en el ámbito de la posesión nouménica,

y podemos convenir por ello que, dado que todos estos actos son jurídicos y surgen por consiguiente de la razón práctica, a la pregunta por lo *justo* podemos responder prescindiendo de las condiciones empíricas de la posesión¹⁹³.

Pues bien, vemos que toda adquisición de algo exterior ha de pasar por estos tres momentos que culminan en el de la apropiación, y que confluyen en el hecho de la *propiedad* como síntesis de la voluntad universal exteriormente legisladora y la voluntad unilateral del propio arbitrio (o dicho de otro modo, de la síntesis de mi arbitrio unilateral y del arbitrio unificado de todos en la posesión común). Esta síntesis así efectuada en el hecho de la propiedad, es precisamente la razón de nuestro aserto inicial sobre la misma como

¹⁹³ Esta atribución de un carácter trascendente (en el sentido de nouménico y por tanto no trascendental o fenoménico) al concepto de lo *justo*, le permite a Kant a hablar en su “Filosofía de la Historia” de una *constitución civil perfectamente justa* como tarea suprema asignada por la naturaleza a la especie humana, tal como tendremos ocasión de analizar en profundidad en el epígrafe 5.3.3 dedicado a esta cuestión del Derecho Público.

condición *sine qua non* de la exterioridad objetiva del sujeto, así como de las consecuencias que de ello derivaban.

5.2.4.- EL DERECHO PERSONAL

En este mismo contexto resulta de vital importancia considerar particularmente el tratamiento kantiano del *derecho personal*, porque también aquí encontramos las claves del posterior desarrollo de la teoría jurídica liberal. Define Kant el derecho personal en dos sentidos o acepciones diferentes: una primera que podríamos denominar subjetiva, según la cual un derecho personal consistiría en la posesión del arbitrio de otro, como facultad de determinarle por medio del mío a un cierto acto, según leyes de la libertad (de esta clase podría tener varios derechos frente a la misma persona o frente a otras); el conjunto o sistema de leyes según las cuales resulta posible estar en una tal posesión, constituiría el Derecho personal (en este caso, único) en su segunda acepción, a la que podemos calificar de acepción objetiva.

Siguiendo la misma línea argumentativa recién expuesta respecto a la adquisición de algo exterior en general, es claro que la adquisición de un derecho personal nunca puede ser originaria porque ello no resultaría adecuado al principio del acuerdo de la libertad de mi arbitrio con la del arbitrio de los demás. Por tanto, una tal adquisición sólo podría efectuarse por *transmisión*, la cual a su vez sólo sería posible bajo el presupuesto de una voluntad común ya que el objeto llegaría a mi poder (o al poder de un tercero), por la renuncia que el otro efectuaría respecto a su parte en esa comunidad, de tal manera que el objeto se convertiría en mío (o de un tercero) por su aceptación, es decir, por un acto positivo del arbitrio. Pues bien, el acto del arbitrio unificado de dos personas, por el que, en general, lo suyo de uno pasa al otro es el *contrato*; y es importante señalar la insistencia de Kant en que quede claro que no es por la voluntad *particular* del oferente ni por la del aceptante por lo que pasa lo suyo del primero al último, sino sólo por la *voluntad unificada* de ambos. Las dificultades que a lo largo de este proceso van a surgir hallarán su solución en la deducción trascendental del concepto de adquisición por contrato que no

constituye sino un supuesto especial de la exposición realizada más arriba respecto a los tres momentos de la adquisición de un objeto exterior del arbitrio.

Por último, tenemos que hablar de una nueva modalidad jurídica del Derecho privado introducida por Kant que es el denominado por él *derecho personal de carácter real*, el cual abarcaría todo aquello que cae dentro del ámbito que podemos llamar *doméstico*, entendiendo por tal el de una comunidad de seres libres que por influencia mutua constituyen (siguiendo el principio de la libertad exterior) una sociedad de miembros de un todo (comunidad), de tal manera que lo mío y lo tuyo según un derecho personal de carácter real sería *lo doméstico* y su adquisición debería realizarse, no por contrato (puesto que no se trata meramente de un derecho frente a una persona), ni de facto (puesto que no es ningún derecho a una cosa), sino por *ley*, ya que se trataría de un derecho de posesión de algo exterior como si fuera una cosa (lo doméstico) y a la vez de un derecho a usarlo como si fuera una persona (que de hecho lo es), de tal modo que habría que considerarlo como un derecho más allá de

todo derecho real o personal y por tanto, como el derecho de la humanidad en nuestra propia persona, cuyo contenido debemos recordar consistía en ser un fin para los demás y no un medio. La forma de adquisición de estos derechos personales de carácter real, que englobarían fundamentalmente el derecho conyugal y el derecho de los padres dentro de su ámbito de acción de lo doméstico, sería por tanto la de un *contrato necesario* por la ley de la humanidad, es decir, la de una ley.

5.3.- EL DERECHO PUBLICO

5.3.1.- EL DERECHO DEL ESTADO. INTRODUCCIÓN

En el apartado anterior hemos explicado cómo se articulan los diferentes aspectos de la libertad externa de los individuos, refiriéndonos concretamente al *derecho privado respecto a los objetos exteriores*. Ahora se tratará de analizar la manera de dar cumplimiento al deber de defender esa libertad externa mediante leyes, lo cual nos determina la articulación del derecho privado con

el público pudiéndose entonces definir éste como “*el conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico*”¹⁹⁴. Decimos por tanto que es un sistema de leyes para un pueblo, en tanto en cuanto los hombres o los pueblos en relación de influencia mutua necesitan un estado jurídico que como *voluntad unificadora*, como *constitución*, les permita participar de aquello que es de derecho¹⁹⁵.

En este contexto podría hablarse entonces de un *estado civil* de cada individuo respecto al grupo; de un *Estado* del grupo respecto a cada individuo desde el momento que el grupo aparece unido por un interés común, a saber, hallarse en un estado jurídico; y por último, de una *potencia* de ese grupo o comunidad respecto a otros

¹⁹⁴ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 139.

¹⁹⁵ Existe una abundante bibliografía sobre esta parte de la filosofía kantiana, pudiendo destacarse, entre otras, las obras de N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, Torino, G. Giappichelli, imp., 1969; H. ARENDT, *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, introducción y edición a cargo de R. Beiner, Barcelona, Piados, D.L.,2003; F. GONZÁLEZ VICÉN, *La filosofía del Estado en Kant*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 1952.

pueblos. Tenemos por tanto tres formas de *estar* jurídicamente o tres formas de estado jurídico, presididas las tres por un único principio, el de restricción de la libertad externa mediante leyes, es decir, el de una legislación exterior; un principio único que halla la razón fundamental de su unicidad en el hecho de que la voluntad unitaria o constitución del grupo no es ni puede ser ajena a la voluntad de cada sujeto.

Es muy importante, en este punto, precisar que la necesidad de esa legislación exterior así como de la coacción legal pública que acarrea, no responde a un hecho de la experiencia (como podría pensarse en un primer momento respecto de la violencia y la maldad humanas), sino que se encuentra ya a priori en la idea racional del estado no jurídico, porque en un semejante estado, es decir, *“antes de que se establezca un estado legal público, los hombres, pueblos y Estados aislados nunca pueden estar seguros unos de otros frente a la violencia y hacer cada uno lo que le parece justo y bueno por su propio derecho sin depender para ello*

de la opinión de otro”¹⁹⁶. Por consiguiente, es necesario salir de ese estado de naturaleza y la manera va a ser aceptando el principio del sometimiento de todos a una coacción externa legalmente pública, a fin de entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder exterior suficiente lo que debe ser reconocido como suyo, en definitiva, un estado civil.

Ahora bien, como ya hemos explicado en los anteriores epígrafes, el estado de naturaleza no tiene por qué ser un estado de injusticia en el que los hombres se traten solamente desde su violencia, pero sí es un estado sin derecho; y cuándo lo que uno cree bueno y justo entra en conflicto con lo de otro, no hay juez competente para dictar una Sentencia con fuerza legal sancionada por una ley pública. No es que no existan conceptos jurídicos en el estado de naturaleza (como por ejemplo el de adquisición por ocupación o por contrato), sino que son meramente provisionales mientras no cuenten con la sanción de una ley pública; porque si no

¹⁹⁶ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 141.

existieran conceptos jurídicos (aunque sólo provisionalmente), aquel estado mismo sería imposible. Y es que el concepto formal de ley es el mismo en el estado de naturaleza que en el estado civil, en cuanto éste se piensa sólo según conceptos puros de la razón. La diferencia reside en que en el estado civil se dan las condiciones para que las leyes se realicen, pero insistimos, si en el estado de naturaleza no existieran conceptos jurídicos (externos) provisionales tampoco existiría concepto del deber jurídico (externo), y por consiguiente, tampoco mandato alguno de salir de aquel estado.

En definitiva, se trata de poner de manifiesto con absoluta claridad que el concepto de ley es apriorístico, que las leyes son a priori y por tanto necesarias, no estatutarias. Si a continuación nos centramos en el hecho de que un Estado es la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas, y retomamos la argumentación del carácter necesario a priori (no estatutario) de las leyes, podemos concluir que existe una forma de Estado *en general*, es decir *en la idea*, tal como debe ser según principios jurídicos puros, y que esta

forma de Estado sirve de norma a toda unificación efectiva dirigida a formar una comunidad. Aquí reside la clave del concepto de constitución kantiano. El siguiente paso consistirá en afirmar que el acto por el cual el pueblo se constituye como Estado *en general* es el contrato originario en virtud del cual todos renunciarían a su libertad externa, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, del Estado. Pero debe insistirse aquí en que no se trata de sacrificar una parte de la libertad exterior innata, sino que por el contrario, al abandonar la libertad salvaje y sin ley (sin ley material, se entiende) ¹⁹⁷, recuperaría su libertad integra (posible y realizable, formal y material) en un estado jurídico, es decir, en la dependencia legal que brota de su propia voluntad legisladora.

Podemos decir por tanto que los hombres, por sus condiciones de libertad e igualdad como hombres, pueden convertirse en Estado y entrar en una Constitución civil. Pero aquí es muy importante

¹⁹⁷ Se alude aquí al concepto material de ley en el sentido kantiano de *realizable*, ya que no debe olvidarse que el concepto formal de ley, que como concepto puro de la razón nos habla sólo de lo posible, es igual en el estado de naturaleza que en el estado civil.

hacer la siguiente precisión: en esta Constitución, no todos los hombres estarían cualificados con igual derecho para ser ciudadanos (ciudadanos activos con derecho a voto) y no simples componentes del Estado (ciudadanos pasivos). Todos pueden exigir ser tratados como partes pasivas del Estado según las leyes de la libertad natural y la igualdad; pero el derecho a actuar respecto al Estado mismo, a organizarlo o a colaborar en la introducción de leyes como ciudadanos activos con capacidad de votar, ese derecho sólo lo tendrían, según Kant, los que no queriendo ser únicamente parte de la comunidad sino también miembros de ella, tuvieran el atributo de la independencia civil, entendiendo por tal la capacidad de actuar por su propio arbitrio junto con otros, que conllevaría además el no poder ser representado por ningún otro en los asuntos jurídicos, es decir, la personalidad civil. De estos dos atributos, independencia y personalidad civil, que como vemos son necesarios para constituirse en ciudadano activo, gozarían tan sólo aquellos que fueran capaces de conservar su existencia (sustento y protección) mediante su propia actividad sin necesidad de ponerse bajo las ordenes de otros, porque los que para existir precisaran

hacer esto tendrían una existencia *de inherencia*¹⁹⁸ y sólo serían “peones” de la comunidad necesitados del mando y protección de otros, carentes por tanto de independencia civil. Estos sujetos no podrían ni deberían votar, no podrían pues participar en la aprobación de las leyes positivas. Ahora bien, lo que sí podrían es abrirse paso desde su estado pasivo al activo a partir de las leyes naturales de la libertad y de la igualdad de todos en el pueblo, leyes a las que en ningún caso las normas positivas pueden contradecir. De este modo, Kant dota de contenido y justificación formal la institución del sufragio censitario y con ello a la estructura formal y material del Estado liberal.

5.3.2.- EFECTOS JURÍDICOS QUE DERIVAN DE LA NATURALEZA DE LA UNIÓN CIVIL. LA FORMA DEL ESTADO.

¹⁹⁸ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 144.

El efecto más significativo que trae causa de la especialísima naturaleza de la unión civil, va a ser la prohibición, o mejor dicho, la no existencia de derecho alguno de sedición o de rebelión. Esto es así debido al carácter apriorístico de la unión civil, desde el momento que su naturaleza no puede consistir en otra cosa que en una voluntad unitaria universal legisladora, constituyéndose además así en único origen del poder supremo. El hecho de que a esa unión civil hayan podido preceder actos de carácter violento o por el contrario de tipo contractual, resulta indiferente una vez aquella existe, y una vez se da por tanto el sometimiento a la ley civil. Como vemos, se perfila con claridad la construcción teórica del formalismo jurídico kantiano¹⁹⁹ a cuya luz debe entenderse la siguiente afirmación:

¹⁹⁹ Ver A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema de la forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padova, 1962, pp. 65 y ss; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoría del Diritto, cap. I: Il Formalismo giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1974

*“Una ley que es tan sagrada (inviolable) que, considerada con un propósito práctico, es ya un crimen sólo ponerla en duda, por tanto, suspender momentáneamente su efecto, se representa como si no tuviese que proceder de hombres, sino de algún legislador supremo e intachable, y éste es el significado de la proposición: “toda autoridad viene de Dios”, que no enuncia un fundamento histórico de la constitución civil, sino una **idea** como principio práctico de la razón: el deber de obedecer al poder legislativo actualmente existente, sea cual fuere su origen”²⁰⁰.*

Debemos centrar la atención por tanto en que la ley civil enuncia un principio práctico de la razón que consiste en el deber de obedecer al poder legislativo (con independencia de su origen, por tratarse de un principio práctico formal). En buena lógica, si el órgano o brazo *gobernante* de ese soberano sagrado infringiera las leyes, los súbditos podrían ciertamente quejarse, pero no resistirse,

²⁰⁰ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 150.

porque no se puede ofrecer resistencia a un principio de la razón. Por lo mismo, no podría existir en la “Constitución” ningún artículo que permitiese a un poder del Estado oponer resistencia al jefe supremo, porque si existiera un poder con semejante potestad tendría que hallarse por encima del poder estatal, debería ser un poder supraestatal (y un tal poder podría además de ordenar la resistencia, juzgar legalmente a los súbditos, y sería él el jefe supremo usurpando el lugar correspondiente al soberano). Se entiende entonces por qué Kant se muestra tan rotundo a la hora de avisar sobre los peligros que entraña el hecho de que se permita al Parlamento actuar bajo la apariencia de una oposición permitida al pueblo, afirmando lo siguiente:

“(...) el engaño de permitir que el pueblo represente mediante sus diputados el poder restrictivo (ya que propiamente sólo tiene el legislativo) no puede ocultar el despotismo de tal modo que no se descubra en los medios de los que se sirve el ministro (...). Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima

del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legisladora posibilita un estado jurídico”²⁰¹.

Es muy importante observar que *pueblo*, y *voluntad universalmente legisladora o soberano*, son tratados como personas morales distintas desde un punto de vista jurídico; el primero debería su existencia a la legislación del segundo (del soberano como voluntad unida del pueblo) y por ello no podría nunca convertirse en su soberano (de ahí la imposibilidad de un hipotético derecho de sedición o rebelión). En este contexto teórico, los tres poderes de Estado deben entenderse como sistema de relaciones de esa voluntad unida del pueblo (procedente *a priori* de la razón) que funda o *constituye* la comunidad. A este sistema se añadiría la *idea* pura de un jefe del Estado que tiene realidad práctica objetiva, un jefe soberano que como tal es sólo un producto mental (una idea) que representa al pueblo entero, y que cobraría efectividad sobre la voluntad del pueblo (en virtud del principio de representación) en la

²⁰¹ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 151.

figura de una o varias personas físicas que serían así los representantes (o el representante) del *supremo* poder del Estado²⁰².

Para no crear confusión resultará adecuado hacer la siguiente precisión terminológica: Cuando Kant habla de poder *supremo* se sitúa en el ámbito teórico práctico del principio de representación; cuando se refiere al poder *soberano* o simplemente al *soberano* lo hace en sede de un principio de *identidad*, (o dicho de un modo más correcto en línea siempre con el argumento del “como si” kantiano, de un principio de *identificación*), de tal manera que debería decirse que goza del poder supremo aquel que representa al soberano (por ejemplo, el monarca); mientras que el poder soberano reside, *es*, o mejor dicho, *se identifica* con aquel que tiene en sí mismo todos los poderes, es decir, con una voluntad unida universalmente legisladora, un *a priori* que goza de realidad práctica objetiva.

²⁰² Kant dice exactamente lo siguiente: “*Pero este jefe (el soberano) es sólo un **producto mental** (que representa al pueblo entero) mientras falte una persona física que represente el supremo poder del Estado y proporcione a esta idea efectividad sobre la voluntad del pueblo*”. En I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 176.

La relación entre ambos extremos, es decir, entre lo que se *presenta* como la *idea* de un jefe soberano en el sentido previamente explicado, y lo que se *re-presenta* o *aparece* como su concreción efectiva sobre la voluntad del pueblo; dicha relación o conexión (si es posible)²⁰³ podría concebirse en el seno del Estado al menos de tres maneras diferentes que dan lugar a tres *formas de Estado* posibles:

- I. O bien *uno* sólo, “soberano” (que más allá por tanto del mero representante que sería el monarca, detenta todos los

²⁰³ No debe perderse de vista que dicha conexión es posible en el pensamiento kantiano desde el momento que es operada desde el ámbito meramente formal, por eso, cuando decimos “es” o “identifica” hacemos la precisión de que dichos conceptos deben entenderse siempre bajo la perspectiva del “como si”. En última instancia, Kant reconduce el problema de la relación entre materia y forma al ámbito de lo meramente formal para poder establecer relaciones que de otro modo no serían posibles según sus planteamientos. En este intento resuenan ecos de un aristotelismo que resuelve en la existencia del *ser* la problemática de la unión entre materia y forma y que Kant, quizás y paradójicamente el último aristotélico, tratará de superar en una ardua tarea en la cual empeñará su vida y su obra.

poderes y no sólo el poder supremo como éste), manda por sí solo sobre todos. Es la *forma de Estado autocrática* consistente pues en la relación de uno (el autócrata) con el pueblo, en la que sólo uno es legislador.

II. O bien *algunos* iguales se relacionan entre sí para constituir al “soberano”, y unidos mandan sobre todos los demás. Es la *forma de Estado aristocrática* consistente por tanto en una doble relación: primero, la de los *notables* (como legisladores) entre sí para constituir al soberano; segundo, la de este soberano con el pueblo.

III. O bien *todos* juntos como voluntad unida que constituye al “soberano”, mandan sobre cada uno y por tanto sobre sí mismos. Es la *forma de Estado democrática* que se compone de una triple relación: primero, la de todos con todos para alcanzar una voluntad unificada desde la que formar un pueblo; segundo: la de los ciudadanos entre sí para formar una comunidad; tercero: la de la comunidad así constituida

consigo misma para convertirse en “soberano” (que es la voluntad unida misma).

Por tanto, la *forma del Estado* puede ser autocrática, aristocrática o democrática, y en la medida en que son soberanas cualquiera de ellas reúne en sí misma los tres poderes del Estado.

Ahora bien, no debe perderse de vista que estas *formas del Estado* equivalen, como hemos señalado anteriormente, a la manera de relacionarse el concepto de “soberano” con su concreción efectiva sobre la voluntad del pueblo, y en tal medida, en cuanto que modos de relación, resultan meramente representativas de la *letra* de la legislación originaria del estado civil; pero el espíritu del contrato originario (*anima pacti originarii*) que sólo tiene como principio la *libertad*, debe prevalecer siempre, lo cual significa que el soberano ha de tener la posibilidad de cambiar la constitución política cuando no sea conciliable con la idea del contrato originario, dejando en pie, sin embargo, aquella forma esencialmente necesaria para que el pueblo constituya un Estado, es

decir, mientras se la considere precisa para la maquinaria de la constitución política (por tanto, sólo subjetivamente). Así pues, el poder constituyente tendría la obligación de ir adecuando la forma de gobierno a la idea contenida en el contrato originario hasta alcanzar la concordancia, *en cuanto al efecto*, con la única constitución legítima posible que no es otra que la de una república pura según formas racionales de la libertad, constitución a la que deberán acomodarse en todo caso las antiguas formas empíricas estatutarias. Porque “(...) *toda verdadera república es (y no puede ser más que) un sistema representativo del pueblo, que pretende, en nombre del pueblo y mediante la unión de todos los ciudadanos, cuidar de sus derechos a través de sus delegados (diputados). Pero mientras un jefe del Estado se hace representar personalmente (ya sea el rey, la nobleza o el pueblo entero, la unión democrática), el pueblo unido no sólo representa al soberano, sino que él mismo es el soberano; porque en él (en el pueblo) se encuentra*

*originariamente el poder supremo del que han de derivarse todos los derechos de los individuos como simples súbditos (...)*²⁰⁴.

Concluyendo, los cambios que deban acaecer en una constitución política deberán realizarse por el soberano mismo desde la legislación, es decir, deberán ser obra de una voluntad unitaria universalmente legisladora, y por tanto deberán producirse desde el seno mismo de la propia Constitución a modo de *reforma* (nunca como revolución)²⁰⁵, pudiendo sólo afectar, lógicamente, al poder ejecutivo pero no al legislativo. Considera Kant, por otra parte, que aquellas Constituciones políticas que recogen la posibilidad de oposición legal al poder ejecutivo por parte del pueblo a través de sus representantes en el Parlamento (Constituciones “restringidas”), a lo que sirven en realidad es al encubrimiento de un deseo de influir arbitrariamente en el gobierno bajo la apariencia de una oposición permitida al pueblo, y en última

²⁰⁴ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 179.

²⁰⁵ Ver al respecto P. DE VEGA, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, op. cit.

instancia serían síntoma de corrupción así como de un gobierno despótico. Por último, cualquier cambio por la fuerza de una Constitución con existencia actual sería punible por ser resultado del amotinamiento del pueblo, de la insurrección, que determinaría la subversión de toda relación civil jurídica y la disolución de la Constitución, derivándose de ello la exigencia de un nuevo contrato social dado que el anterior habría quedado anulado.

Lo que Kant intenta, en última instancia, es defender la imposibilidad e inconveniencia de que el “pueblo” triunfe en su errada pretensión de ser juez en propia causa. En base a ello, condena los acontecimientos que llevaron a la guillotina a Luis XVI apelando no al recurso fácil de la conmoción del alma provocada por un sentimiento estético de compasión efecto de la imaginación que se coloca en lugar del que sufre²⁰⁶, sino al sentimiento moral que provoca la “ejecución” formal (no así el asesinato) que acarrea

²⁰⁶ Ver I. KANT, “*Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*” en *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir: Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, op. cit.

la total inversión de todos los conceptos jurídicos. Porque el asesinato constituiría en todo caso una desviación deliberada de la ley, pero no una negación formal de obediencia, constituiría pues una excepción a la regla que el pueblo se da para sí mismo como máxima; pero la “ejecución” implicaría el triunfo de la violencia sobre el derecho y además según principios, es decir, con una total inversión de los principios de la relación soberano-pueblo, en virtud de la cual este último adoptaría la máxima del crimen como regla objetiva universalmente válida, rechazando por completo la autoridad de la ley misma ante la propia razón. Esto último, aunque de suyo imposible, serviría al sistema de la moral como *idea* de lo extremadamente malo que, según Kant, como un abismo que lo devorase todo sin retorno, como un suicidio cometido por el Estado, constituiría un delito sin expiación posible y haría imposible incluso la regeneración de un Estado destruido. Sin embargo, ya que por fortuna esto es imposible porque el sujeto no puede adoptar máximas que vayan en contra de su propia razón legisladora (desde el momento que, como hemos señalado con anterioridad, no puede pretenderse posibilidad alguna de explicación para supuestos

acontecimientos al margen de los mecanismos de la naturaleza)²⁰⁷. es preciso concluir que la aprobación de semejantes “ejecuciones” no puede derivar (ni derivó en realidad) de un principio jurídico, de una disposición de la justicia penal, sino del miedo del pueblo a la venganza de un Estado que pudiendo resurgir en algún momento castigara entonces; dicha aprobación derivaría por tanto de una disposición de la autoconservación. Si se procede (y de hecho se procedió con la ejecución de Luis XVI, por ejemplo) a establecer formalidades, no es sino para dar al hecho una apariencia de castigo que en realidad no tiene, creando así la falacia de un procedimiento jurídico.

²⁰⁷ En este sentido resultará ilustrativa la siguiente cita de Kant extraída de la *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita (1784)*, en *Filosofía de la Historia*, traducción de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica (F.C.E), México-Madrid-Buenos Aires, 1989, pg. 39:

*“Cualquiera que sea el concepto que, en un plano metafísico, tengamos de la **libertad de la voluntad**, sus manifestaciones **fenoménicas**, las acciones humanas, se hallan determinadas, lo mismo que los demás fenómenos naturales, por las leyes generales de la naturaleza”*

5.3.3.- LA CONSTITUCIÓN CIVIL PERFECTA

A.- CONSTITUCIÓN CIVIL PERFECTA E HISTORIA

Hemos explicado en el epígrafe anterior que la única Constitución legítima es, según Kant, la de una república pura que como forma racional sólo tiene como principio la libertad, y que como tal, debe subsumir cualesquiera otras formas empíricas estatutarias, procediendo para ello si fuese necesario a ejecutar los cambios precisos en las mismas. De aquí que nos refiriésemos también a la obligación del poder constituyente de adecuar permanentemente la forma de gobierno a la idea contenida en el contrato originario (*anima pacti originarii*).

Por consiguiente, la única Constitución política estable sería aquella en la que la ley ordenase por sí misma sin depender para ello de ninguna persona particular, resultando además ser éste el fin último del derecho público, a saber, la consecución de un Estado en

el que a cada uno pudiera atribuírsele lo suyo *perentoriamente*, en definitiva, un “estado” de la sociedad civil absolutamente jurídico. Pudiera resultar que este Estado fuera inalcanzable viéndonos entonces sometidos a la regulación de un derecho interno *provisional*, si el único referente fueran aquellas formas estatutarias o *según la letra* representadas por concretas personas morales investidas del poder supremo²⁰⁸.

Pues bien, si ahora trasladamos los argumentos anteriores al plano histórico, podemos llegar a la siguiente conclusión, a saber, que la Constitución republicana de la que venimos hablando, que regiría el Estado por leyes análogas a las que un pueblo se daría a sí mismo según principios universales de derecho, sería el resultado de la *evolución* de una Constitución iusnaturalista, y no podría desde luego alcanzarse a través de luchas salvajes destructoras de cualquier estatuto existente (guerras) ni tampoco, por tanto, mediante una revolución.

²⁰⁸ I. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op.cit., pg. 179.

Según Kant, este fenómeno evolutivo desde una Constitución iusnaturalista hasta la Constitución de una república pura, única legítima y única estable, hallaría su fundamento en la moral, la cual nos lo mostraría “(...) *como deber reconocido por el alma de los hombres, que afecta al género humano en la totalidad de su asociación (non singulorum, sed universorum), y cuyo esperanzado logro y cuya procuración nos entusiasma con una participación tan general y tan desinteresada (...)*”²⁰⁹. Añade el autor que el logro de este fin y a partir de él el progreso del género humano hacia mejor, son predecibles y garantizables, porque un fenómeno de semejantes características estaría tan vinculado al interés de la humanidad que tendría que darse un momento en la historia en que la Constitución anhelada se produjese. Ello pondría además de manifiesto la capacidad y disposición de mejoramiento de la naturaleza humana de que Kant nos habla en todos y cada uno de los nueve principios

²⁰⁹ La cita ha sido extraída del ensayo sobre *Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor (1798)*, recogido en *Filosofía de la Historia*, op.cit., pp. 107 y 108.

que componen su ensayo sobre la “Idea de una Historia Universal en sentido cosmopolita” (1784)²¹⁰, de los cuales merecen una especial mención el cuarto y sobre todo el quinto. Veámoslo.

En el cuarto principio se insiste en la disposición natural del hombre al antagonismo mutuo, es decir, a una *insociable sociabilidad* que podría traducirse como aquella inclinación a formar sociedad que, sin embargo, iría unida a una resistencia constante que amenaza permanentemente con disolverla. Esta disposición estaría impresa en la naturaleza humana y constituiría el medio de que se sirve la Naturaleza para lograr el desarrollo de todas sus disposiciones, convirtiéndose a la postre en causa del orden legal. Vemos cómo este planteamiento encaja perfectamente con lo dicho anteriormente respecto a la Constitución republicana en su dimensión histórica, tanto que Kant llega a plantear que nos hallamos ante un principio no sólo bien intencionado y recomendable en la práctica sino válido también en la teoría más

²¹⁰ Recogido en *Filosofía de la Historia*, op.cit., pp. 39 a 65.

rigurosa. Según este principio, asistiríamos (en virtud de una continuada ilustración²¹¹): primero, a la transformación en principios prácticos determinados de la ruda disposición natural para la diferenciación moral; segundo y derivado de lo anterior, a la coincidencia en un todo moral de la inclinación (patológicamente provocada) a formar sociedad.

En consonancia con lo anterior, el género humano se vería constreñido por la Naturaleza²¹² a llegar a una sociedad civil que

²¹¹ Es decir, en virtud de una permanente disposición a emplear la propia inteligencia, la propia razón, sin sometimiento a ninguna tutela ajena. Este significado del término “ilustración” se desprende de la definición del mismo realizada por Kant en su opúsculo *¿Qué es la Ilustración? (1784)* que dice así: **“La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración”**.

El ensayo *¿Qué es la ilustración? (1784)* aparece recogido en *Filosofía de la Historia*, op.cit., pp. 25 a 38.

²¹² Es importante insistir aquí en que Kant no se refiere a la Naturaleza como entidad que en sí misma considerada llevase inscrito un plan preestablecido,

administrarse el derecho en general, puesto que sólo en una sociedad así podría la humanidad lograr el desarrollo de todas sus disposiciones, sólo dentro de una asociación civil podrían esas mismas inclinaciones que emanadas de la salvaje libertad impiden la convivencia, producir el mejor resultado. Así lo sostiene Kant en el quinto principio del mencionado ensayo sobre la “Idea de una

antes bien, supone que nada está puesto en la Naturaleza sino en la razón del hombre como elemento de la Naturaleza. Por tanto, no se trataría tanto de que el hombre actuase de acuerdo a unos supuestos fines de la Naturaleza, como de que lo hiciese “como si” existieran. En definitiva, no es que la Naturaleza tenga fines, es que el hombre se los atribuye.

Esto resulta más comprensible si tenemos en cuenta que el primer acto de la libertad humana es la negación de la necesidad natural (por lo cual decimos que es coactiva al imponerse al sistema de la Naturaleza), viéndose entonces obligada a actuar “como si” en la Naturaleza existieran fines necesarios (que de suyo no existen). El hombre necesita pues poner fines a la Naturaleza para entenderla, y sólo en tal medida existen, es decir, por mi voluntad (legisladora) y según el funcionamiento causativo de mi entendimiento.

En otras palabras, si traspasamos al plano de la razón aquel principio de necesidad que es representado por la Naturaleza en un orden teleológico, nos vemos abocados a crear un orden necesario en el ámbito de la voluntad planteándose así la dificultad de casar libertad y necesidad. Esta dificultad se resuelve, según Kant, en el imperativo categórico.

Historia Universal en sentido cosmopolita”²¹³, precisando que tendría que tratarse pues de una sociedad que compaginase la máxima libertad (o sea, el antagonismo absoluto de sus miembros), con la más exacta determinación de los límites de la misma, de modo que resultara compatible con la libertad de cada uno. Es decir, “*una sociedad en que se encuentre unida la máxima **libertad bajo leyes exteriores con el poder irresistible, es decir, una constitución civil perfectamente justa***”²¹⁴, que constituiría pues la tarea suprema asignada por la naturaleza a la especie humana²¹⁵.

Por tanto, es deber de la especie humana alcanzar una Constitución republicana perfectamente justa, capaz de erradicar las guerras dentro del país y de conducir finalmente a una confederación universal. El cumplimiento del destino del hombre y

²¹³ I. KANT, *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita (1784)*, en *Filosofía de la Historia*, op. cit.

²¹⁴ I.KANT, *Filosofía de la Historia*, op.cit., pp. 48 y 49.

²¹⁵ Sobre este tema resulta particularmente interesante la obra de J. F. LYOTARD, *El Entusiasmo: crítica kantiana de la Historia*, traducción española de A. L. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1994.

su desarrollo como especie moral confluyen en la idea de progreso indefinido. Esta *idea* (realidad práctica) de progreso no es sino la determinación en el ámbito cosmopolita del imperativo categórico, al igual que la *idea* del contrato lo es en el ámbito social. El imperativo categórico viene pues en nuestro auxilio para ayudarnos a determinar ese *sumo bien* consistente en el cumplimiento del destino que la Naturaleza práctica (la historia) parece marcar a la especie humana en cuanto especie moral, a saber, su constante progreso hacia mejor. El imperativo categórico se referiría por tanto al bien “en sí” (no sometido a las condiciones espacio temporales que anuncian la posibilidad de lo real o, dicho de otro modo, la actualidad de lo posible, es decir, que anuncian lo *trascendental*). Este bien “en sí” tendría un carácter *trascendente*, es decir, ajeno a toda consideración fenoménica y a toda relación causativa, y su única determinación posible tendría que venir por tanto del imperativo categórico que obligándonos al cumplimiento de la *ley* sin especificación alguna respecto a su contenido, colocaría al bien sumo como fundamento último del arbitrio (del acto libre). La

especificación en cuanto al contenido la hallaríamos en el imperativo hipotético que se referiría al bien como *utilidad*.

El problema subyacente es, en última instancia, el de la justificación de los juicios sintéticos a priori en el ámbito de la moral²¹⁶ y por tanto, el de plantear en dicho campo un principio que nos permita convertir el bien en utilidad relacionando el imperativo categórico con el hipotético. Pues bien, la posibilidad de realizar tal conversión nos la da precisamente la idea de libertad, la cual, si bien no puede alcanzar el sumo bien por su carácter trascendente sí puede aproximarse a él convirtiéndolo de noción absoluta en forma optativa. Porque la libertad tiene que ver ciertamente con la opción, con la deliberación, pero también aquí tendrá que aparecer de alguna manera el imperativo moral ya que no puede tratarse de una deliberación indiscriminada sobre intereses particulares. Por esta razón el deber “debe” convertirse en fundamento de legitimidad del

²¹⁶ Recordemos que en el ámbito del entendimiento tal justificación venía dada por las condiciones fundamentales de espacio y tiempo.

poder, y este “debe” ser el principio práctico del hombre que podríamos traducir como *la racionalidad de su libertad*.

El planteamiento anterior nos ha conducido ineludiblemente a la consideración de dos conceptos fundamentales en el ámbito jurídico-político, a saber, los conceptos de legalidad y legitimidad. El primero, inscrito en la pura formalidad externa del imperativo categórico que sólo sabe de *leyes universales*, hallaría por tanto en el imperativo hipotético su traducción a *normas generales* y su campo de acción, que podríamos situar en el ámbito de lo legítimo. La legitimidad sería pues una noción interna, consistente, en última instancia, en la reflexión de la razón acerca de la coacción.

B.- FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN CIVIL

PERFECTA

Una vez analizado en todos sus elementos el concepto kantiano de Constitución civil perfecta, procedemos a señalar de modo más

concreto cuáles son en definitiva sus últimos fundamentos que, como tendremos ocasión de apreciar, coinciden con los principios que inspiran el Estado liberal.

Retomando los argumentos expuestos en el epígrafe anterior, decíamos que es deber de la especie humana alcanzar una Constitución republicana perfectamente justa, capaz de erradicar las guerras y de conducir a una confederación universal de Estados. Por tanto, trataríase de pasar del estado de naturaleza (aquel en el que existiría la constante amenaza de iniciar hostilidades) a un estado en el que la paz pudiera ser instaurada, es decir, a un Estado instituido *civil y legal* en el que cada uno diera a los demás las necesarias garantías de seguridad. Así pues, “*todos los hombres que pueden ejercer influencia unos sobre otros, deben pertenecer a alguna constitución civil*”²¹⁷, de tal manera que el sujeto estaría abocado por su sociabilidad a ingresar en una constitución civil política y a depender de leyes externas.

²¹⁷ I. KANT, *La paz perpetua*, traducción de F. Rivera Pastor, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, pg. 221, nota a pie 1.

Esta constitución política, tal como hemos explicado anteriormente, debe ser en todo Estado republicana, entendiendo por tal aquella cuyos fundamentos son:

1. La libertad de los miembros de la sociedad como *hombres* (libertad jurídica exterior).
2. La dependencia de todos, como *súbditos*, respecto a una legislación común única.
3. La igualdad de todos como *ciudadanos* (igualdad jurídica exterior).

La libertad y la igualdad se predicarían por tanto respecto de la aceptación de una legislación externa la cual, al hacerse el sujeto dependiente de ella, se convertiría en su garantía.

Esta Constitución así fundada que Kant denomina “republicana” coincidiría con el modelo de Constitución liberal y serviría como una especie de molde para cualquier clase de constitución política

desde el momento que emana directamente de la idea del contrato originario que es el principio del concepto de derecho.

A una tal Constitución sólo podría llegarse por la vía representativa, no por la democrática, afirmación que requiere una ulterior aclaración: cuando hablamos de democracia nos estamos refiriendo a una de las tres posibles formas de Estado (*forma imperii*) según la persona o las personas sobre las que recae el poder soberano (autocracia, aristocracia, democracia); sin embargo, cuando decimos “constitución republicana” aludimos al modo cómo el soberano (sea quien fuere) gobierna, es decir, a una forma de gobierno (*forma regiminis*) y por tanto a la manera en que el Estado hace uso de su poder. Ese modo o manera de gobernar estaría fundado en la Constitución, “*acto de la voluntad general, que convierte a una muchedumbre en un pueblo*”²¹⁸, y sólo cabrían al respecto dos formas, a saber, la “republicana” o la “despótica”, siendo el republicanismo el principio político de la separación del

²¹⁸ I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pg. 223.

poder ejecutivo y del poder legislativo, y el despotismo el gobierno del Estado por leyes emanadas del propio gobernante (es decir, la voluntad pública aplicada como voluntad privada por el gobernante). Pues bien, si la forma de Estado democrática funda un poder ejecutivo en el que todos deciden sobre uno (e incluso contra uno, si no da su consentimiento), entonces, dice Kant, la democracia es necesariamente despotismo (el menos tolerable de todos los despotismos) porque el legislador no puede ser al mismo tiempo ejecutor de su voluntad, antes bien, sólo una forma de gobierno “representativa” (que no sería posible en una constitución democrática en la que todos quieren mandar y en la que todos deciden sin ser en realidad todos, lo cual sería una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad) hace posible el republicanismo y resulta adecuada al concepto del derecho.

Hallamos por tanto en el pensamiento kantiano un principio de gobernabilidad basado en la representación, que obliga a caracterizar la Constitución civil perfecta como Constitución de lo social en cuanto que civil; además, como acto de la voluntad

general por el cual una multitud se convierte en pueblo, en cuanto que Constitución política; y por último, como garante de la dependencia jurídica en cuanto que Constitución civil y política perfecta. En estos tres pasos o puntos de la Constitución se situaría el problema del tránsito del estado de naturaleza al Estado instituido.

Esta Constitución civil perfecta se presentaría entonces con una parte dogmática y otra orgánica. La primera contendría como principios básicos anteriores a todo concepto organizativo, los derechos y libertades fundamentales. La segunda, la parte organizativa, se ocuparía de la división del poder, operándose la relación entre ambas en base al principio de representatividad cuyo contenido sería por tanto jurídico y técnico-político.

Este esquema de una Constitución civil perfecta va a plantear una serie de problemas teóricos y de carácter técnico político que nacen de la dificultad de su construcción y de su conservación, es decir, de la construcción y conservación de una Constitución

republicana que ha de conjugar paradójicamente una voluntad general cuyo fundamento se halle en la razón, y una naturaleza humana que en tanto que social tiene como característica la insociable sociabilidad. La resolución de esta paradoja estaría en poder de los hombres, no en manos del poder político; éste podría mediar en el problema pero no resolverlo. Por su parte, la teoría liberal creará un equilibrio técnico entre estos dos problemas pero no entra realmente en ellos.

En resumen, podemos concluir que el problema de la constitución de un Estado contendría tres elementos teóricos, a saber, una antinomia social; una necesidad histórica de poder político; y por último, un componente racional. En este esquema, la razón debe utilizar la naturaleza humana como medio para un fin que es el Derecho, sabiendo no obstante que medio (mecanismo de la naturaleza) y fin (mecanismo del Derecho) son contradictorios entre sí; sabiendo que el primero hace imposibles las relaciones externas y el segundo desea que esas relaciones existan. A la razón correspondería pues hacer de mediadora, pero ella no entra en el

porqué los mecanismos naturales hacen imposibles las relaciones externas sino que simplemente los transforma de *fin*es a *medios*, aunque dichos mecanismos sigan existiendo como tales. Mediante esta técnica, los hombres veríanse obligados a aceptar la coacción como fórmula para la convivencia pacífica en un Estado.

Llegados a este punto, es importante hacer la siguiente aclaración terminológica: Cuando decimos “política” queremos referirnos a “política técnica”, mientras que el Derecho constituiría la base teórica sobre la que se sustenta esa política técnica, y la moral sería la voluntad objetiva fundante a partir de la razón. Es decir, la política sería el arte de utilizar los mecanismos naturales como medios de gobernar a los hombres, arte que estaría indisolublemente vinculado al concepto del Derecho como condición limitativa. Con este planteamiento, Kant coloca en primer plano la problemática de cómo transformar los mecanismos naturales en medios para un fin (la idea del Derecho) a través de la técnica política, técnica que entonces tendrá que tener como fundamento algo que no sea su propia tecnicidad sino la idea del

Derecho que a su vez se funda en una voluntad objetiva, libre e independiente. Por consiguiente, la moral funda el Derecho y éste regula la política, constituyéndose este esquema en el mecanismo fundamental del Estado y de la ciencia social liberal.

En resumen, podemos concluir que la razón se erige en fuente de la que emana una práctica en sentido objetivo que da fundamento al Derecho, el cual, a su vez, opera como regulador de la técnica política. Esta sería la tríada kantiana base de toda su obra, a la que subyace el problema clave de cómo los hombres, a partir de su mecanismo natural, pueden tener una posibilidad teórica de ser libres; y de cómo esa posibilidad se puede hacer práctica.

Consecuentemente, tampoco podría plantarse conflicto alguno entre la teoría y la práctica, es decir, entre la política como aplicación de la doctrina del Derecho y la moral como teoría de esa doctrina, porque si como hemos señalado anteriormente, se cree que es absolutamente necesario unir el concepto del Derecho a la política y elevarlo a la altura de condición limitativa de la política,

entonces hay que admitir que existe una armonía posible entre ambas esferas. Si no existiera una ley moral fundada en la libertad y todo lo que ocurriera fuera considerado como simple mecanismo natural, entonces, la política (arte de utilizar ese mecanismo como medio de gobernar a los hombres) sería la única sabiduría práctica y el Derecho un pensamiento vano²¹⁹. Dicho de otro modo, si teoría y práctica se hallasen en conflicto, la moral dejaría de ser voluntad objetiva para convertirse en doctrina de la prudencia²²⁰.

En este contexto, para conciliar moral y política sería necesario subordinar los fines a los principios: el principio moral de la razón práctica, esto es, el fundado sobre la libertad exterior (y que dice: obra de tal modo que tu máxima deba convertirse en ley universal), debe preceder al principio material o fin de la voluntad; este fin tendrá que deducirse del principio formal, situándonos así ante un

²¹⁹ I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pg. 237.

²²⁰ Hoy en día los elementos de este esquema han cambiado por completo y el Derecho toma su sentido de la individualidad económica, tal como pone de manifiesto Max Weber en *Economía y Sociedad* al cual hemos dedicado un amplio tratamiento en la primera parte de este trabajo.

estado exigido por la conciencia moral que no es un mero problema técnico sino moral. No habría pues objetivamente oposición entre moral y política, sólo la habría subjetivamente a causa de la inclinación egoísta de los hombres. Pero esa oposición serviría de estímulo a la virtud, cuyo valor consiste en “*conocer y dominar el mal principio que mora en nosotros y que es sumamente peligroso, porque nos engaña y traiciona con el espejuelo de esos sofismas, que excusan la violencia y la ilegalidad con el pretexto de las flaquezas humanas*”²²¹.

Pero salir airosos de este envite plantea un nuevo problema teórico político fundamental , a saber, el de encontrar una causa, una determinación, que permita a la multitud salirse del proceso descrito más arriba para unificarse en el mismo, porque como dice Kant, no basta para conseguir el propósito de la paz perpetua que la voluntad individual de todos los hombres sea favorable a una constitución legal, no basta la *unidad distributiva* de la voluntad de

²²¹ I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pg. 242.

todos; hace falta para resolver este problema la *unidad colectiva* de la voluntad general, hace falta que todos juntos quieran ese Estado para que se instituya una unidad total de la sociedad civil²²².

C.- EL PRINCIPIO TRASCENDENTAL DEL DERECHO

PÚBLICO.

En línea con lo anterior y abundando sobre ello, podemos afirmar ahora que si en el Derecho público prescindiésemos de toda *materia*, es decir, del contenido empírico de las relaciones que establecen entre sí los individuos, nos quedaría solamente la *forma de la publicidad*, cuya posibilidad está contenida en toda pretensión de derecho. Nos quedaría pues la proposición siguiente a la que Kant denomina *principio trascendental del Derecho público*:

²²² I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pg. 236.

“Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite reconocimiento general”²²³.

Este principio sería simplemente negativo, sólo serviría para conocer lo que no es justo respecto a los otros en el siguiente sentido: si nos encontrásemos una máxima que, de ser conocida, suscitase una enemistad necesaria y universal y, por tanto, cognoscible a priori; entonces, semejante máxima encerraría una amenaza injusta al derecho de los demás.

Este principio negativo, al positivarse, daría lugar a un segundo principio trascendental afirmativo del Derecho público cuya fórmula sería la siguiente:

²²³ I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pg. 243.

“Todas las máximas que necesiten la publicidad para conseguir lo que se proponen concuerdan a la vez con el derecho y la política reunidos.

Pues si sólo por medio de la publicidad pueden alcanzar el fin que se proponen es porque concuerdan con el fin general del público: la felicidad; (...) Si, pues, ese fin se consigue por medio de la publicidad de las máximas, disipando toda desconfianza en ellas, es que estas máximas armonizan con el derecho del público, que constituye la única posible base para la unión de los fines particulares de todos”²²⁴.

Por consiguiente, vemos que para Kant lo trascendental del principio del Derecho público es a priori y no depende de las condiciones empíricas generalizables aunque se aplique a ellas. De igual modo, existiría una voluntad universal a priori que no depende de la voluntad colectiva. Es muy importante para comprender el

²²⁴ I. KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pg. 247.

calado de estas afirmaciones tener siempre presente que lo trascendental no se basa en lo general sino en lo a priori. Desde este planteamiento se hace entonces posible construir una unidad total de la sociedad civil, es decir, una Constitución.

D.- CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN LIBERAL Y SU

CRISIS.

Podemos concluir por tanto que el problema fundamental a la hora de hablar de Constitución es que se tiene que dar en un primer momento una generalidad social nacida de la relación entre la unidad distributiva de la voluntad de todos y la unidad colectiva de la voluntad general de que hablábamos anteriormente. Pues bien, en este contexto, las Constituciones liberales darán por supuesta dicha relación ya establecida por la economía clásica, pero tienen que buscar en un segundo momento un nuevo principio que permita vislumbrar una segunda relación o ficción, que aparecerá bajo la forma de la “nación”. La cuestión clave en las Constituciones

liberales es por tanto el cómo se relacionan las formas generales dadas, con el individuo abstractamente considerado; es decir, las formas sociales generalizables y las formas sociales abstractas.

Tomando pues como referente teórico el planteamiento kantiano acerca de la Constitución civil perfecta y del principio trascendental del Derecho público, podemos hacer la siguiente interpretación respecto al esquema de las Constituciones liberales:

En primer lugar estas Constituciones van a adoptar como fundamento de su existencia dos principios, a saber:

1. Los derechos humanos fundamentales, como formas fundantes de la individualidad.
2. La división del poder.

Ambos presupuestos se relacionarían entre sí mediante el principio de representación que es el principio fundamental del

Derecho público. Los derechos fundamentales se presentarían como formas generalizables de la sociedad, trasladándose el problema de la posibilidad de abstraer desde la generalización, al plano de la división del poder, al principio de representación y al concepto trascendental del Derecho público. En última instancia, la dificultad reside en la reproducción de la generalización en el plano de la abstracción, sin olvidar que, por otra parte, los detentadores de esas formas generalizables son los propietarios y que las propias formas de la generalidad vendrán definidas por la propiedad privada.

La crisis de este modelo y de este planteamiento de Constitución liberal se producirá como consecuencia de la crisis del concepto de unidad total de la sociedad, vinculada a la ruptura de los límites del uso público de la razón. De estos dos procesos emergerá el constitucionalismo post-liberal como respuesta a la disociación entre individuo y sociedad. El punto clave de la crisis va a ser, en última instancia, la no admisión de una unión de los individuos en el “pueblo” y por tanto de un poder constituyente con capacidad constituyente (en virtud del uso público de la razón); antes bien, se

comenzará a hablar de la “nación”, que es la mistificación (no la unión) del pueblo, y el poder constituyente se convertirá en poder constituido²²⁵. No es que desaparezca el sujeto constituyente ya que este sigue existiendo bajo otra forma, lo que sucede es que este sujeto trabajará a partir de ahora para un poder al que podríamos denominar constituyente-constituido.

El problema jurídico subyacente es en definitiva el de cómo relacionar las formas sociales de la individualidad con los problemas jurídicos de organización.

Para terminar, debemos señalar aún otro motivo importante a la hora de hablar de la crisis del modelo liberal de Constitución. Se trataría de un problema de limitaciones lingüísticas planteadas por la relación generalidad-abstracción. Expliquemos esto con más detenimiento:

²²⁵ Sobre la problemática del poder constituyente ver la obra de PEDRO DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, op. cit.

Ateniéndonos al planteamiento kantiano debemos convenir que la razón se hace autónoma desvinculándose de lo real, entendiendo por “lo real” aquella entidad nouménica que sólo se hace explícita al colocarlo (lo real) bajo las reglas del entendimiento: aparecerían entonces los objetos bajo la única forma posible de necesidad, a saber, la del lenguaje. Este lenguaje que podría ser entonces considerado como forma de la generalidad en el sentido hasta ahora dado a esta expresión, veríase ahora desbordado, extralimitado, ante las exigencias de una abstracción que sobrepasa los límites de la generalidad hegemónica.

Podemos decir por tanto a modo de conclusión y resumen, que dos son los ejes fundamentales en torno a los cuales se plantea la crisis del constitucionalismo liberal y la emergencia del constitucionalismo postliberal: primero, la unidad total de la sociedad liberal; segundo: las limitaciones lingüísticas para la abstracción.

5.4.- CONCLUSIÓN FINAL

Desde el comienzo de este estudio acerca del pensamiento kantiano, desde “La Crítica de la razón pura”²²⁶ y por tanto desde la misma fundamentación del conocimiento, se ha intentado arrojar luz sobre conceptos como el de libertad, desligando con claridad los campos del conocimiento teórico y de la moral, dando paso con ello a la problemática fundamental de lo *sintético a priori* que nos enfrenta a dicotomías del tipo Ley-Derecho, Universal-General, así como al fundamento mismo de toda conceptualización jurídica o reflexión histórico-política.

El pensamiento aristotélico nos había dejado como herencia una lógica de los actos en la que el principio de causación, y por tanto la relación causa-efecto, hallábanse directamente vinculados al hecho empírico, es más, nacían de él. Una lógica por tanto que había que indagar en la realidad dada y que hacía deducir la libertad del todo social. Pues bien, si trasladamos este sistema explicativo de la

²²⁶ I. KANT, *La Crítica de la razón pura*, op. cit.

conducta y de su relación con el hecho empírico al plano de la conciencia, lo estaremos haciendo depender de la voluntad, que es anterior aunque no independiente del hecho empírico y de la realidad dada. Este es precisamente el sistema kantiano, y esto es lo que aquí se ha tratado de explicar. Un sistema según el cual la libertad es un contenido de la conciencia. El hombre aristotélico era un ser social, el hombre kantiano es individual, es un sujeto que con su entendimiento se ve obligado a actuar en el campo de la sensibilidad, a especular con lo real, pero no así en el ámbito de la moral; por ello, con su moralidad el hombre kantiano *puede hacer* y ese *poder hacer* se subsume en el *deber hacer*, siendo ambos contenidos de la voluntad. El campo de la moralidad aparecería así como un mundo ordenado y el hombre sería ante todo un *ser legal*. Recordemos que el concepto de ley abarcaba todos los fenómenos posibles y que el fenómeno no era sino la actualización de las leyes puestas en el entendimiento, lo cual nos permite concluir que el hombre es esencialmente legal en el sentido de que su descubrimiento del mundo operaría siempre en forma de leyes,

que sería la única manera que le permitiría sintetizar el universo y conocerlo²²⁷.

Por otra parte y en la medida en que decimos que el hombre es un *ser legal*, podría afirmarse que en la estructura social su fundamento subjetivo es también el orden, y en última instancia, la creación del Derecho. Bajo esta perspectiva, la sociabilidad va a consistir en un acto de la propia subjetividad por el que se hace común lo que es propio de cada uno; así, la noción de comunidad aparecería puesta en la conciencia del sujeto de manera tan perfecta que ningún objeto externo podría mejorar su condición²²⁸. Ello le llevará a Kant a sostener a lo largo de los escritos que constituyen su Filosofía de la Historia, que la revolución no puede ser social sino que ha de ser siempre individual y que, lógicamente, la cultura

²²⁷ Sobre la vinculación de las leyes del entendimiento con la estructura lingüística del discurso y su relación con lo real, véase, entre otros: P. FABBRI, *La svolta semiótica*, Roma, Laterza, 1998.

²²⁸ Recordemos que esta era una de las grandes diferencias entre Kant y Rousseau para quien el concepto de comunidad era esencialmente político, tal como se explicó detalladamente en el epígrafe dedicado a este autor.

no puede reducirse exclusivamente a instrucción pública sino que, antes bien, debe consistir en la realización interior del sujeto desde el momento que pueden cambiar las creencias pero no así la razón²²⁹.

Para terminar, podemos concluir diciendo que Kant sintetiza todos los problemas técnicos implicados en el concepto de *generalidad* de la norma que aquí hemos estudiado, derivados de su fundamentación moral y por tanto en la conciencia, así como de su vinculación al principio de causación según un fin universal de la humanidad.

En este sentido, y fijando su atención en las aportaciones de Rousseau (fundamentalmente preocupado por la legitimidad del poder)²³⁰, Hobbes (centrado en el tema de la legitimidad del

²²⁹ Ver sobre este punto, entre otras, la obra de J. F. LYOTARD, *El Entusiasmo: crítica kantiana de la Historia*, op. cit.

²³⁰ Sobre la repercusión del pensamiento de Rousseau en Kant, ver: E. KRYGER, *La notion de liberté chez Rousseau et ses répercussions sur Kant*, op. cit.

Estado)²³¹, y Locke (ocupado en la cuestión de la legitimidad del Gobierno); la solución kantiana, pasa por realizar la síntesis entre la legitimidad del sujeto (directamente relacionada con la ley moral) y el poder (como coacción legítima); solución que entrará en crisis en el momento en que una nueva individualidad venga a subsumir en la *organización* aquella subjetividad, dando a luz, tal como hemos explicado, una nueva concepción de la individualidad a la que podríamos denominar *organizada* o *administrada*.

²³¹ Sobre la relación entre el pensamiento de Hobbes y Kant, puede consultarse, entre otras, la obra de E. VITALE, *Hobbes e Kant*, con introducción de M. Bovero, Torino, Giappichelli, cop., 1993.

III- EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DESDE LA
PERSPECTIVA TEÓRICA DEL
INSTITUCIONALISMO JURÍDICO EN MAURICE
HAURIOU

**1.- LA CRISIS DEL ESTADO BURGUÉS DE DERECHO Y
EL CONSTITUCIONALISMO FRANCÉS**

1.1.- PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

La evolución y transformación del concepto de Constitución desde el Estado liberal al Estado social se puede resumir en una reutilización de la técnica liberal que incorpora la novedad de haber perdido toda conexión con el elemento de la subjetividad como ente de razón²³².

²³² Sobre este tema existe, desde diferentes perspectivas, una extensa bibliografía de la cual damos referencia al final. Interesa no obstante destacar en este momento las siguientes obras: L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., Paris, de Boccard, 1927 – 1928; ID., *Les*

Veamos con detenimiento qué significa esto. Para ello debemos recordar que el rasgo fundamental de las Constituciones liberales era que en términos de constitución no constituían nada al no existir una relación constitutiva entre ente de razón y constitución política del hecho social. Antes bien, lo que existía era, en primer término, un principio de libertad como principio de razón sólo predicable en

transformations du Droit Public, Paris, Colin, 1913; *ID.*, *La transformación del Estado*, traducción española de A. Posada, Madrid, Francisco Beltrán, 1908; H. HELLER, *Teoría del Estado*, op. cit.; H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit.; *ID.*, *Teoría general del Estado*, op. cit.; S. ROMANO, *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Ed. Giuffrè, 1947; C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1982; C. MORTATI, *La Constitución en sentido material*, estudio preliminar y traducción de A. Bergareche Gros, epílogo de G. Zagrebelsky, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en término de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998; N. LUHMANN, *La differenziazione del Diritto: contributi alla sociología e alla teoria del Diritto*, trad. italiana di R. De Giorgi e M. Silbernagl. Bologna, Il Mulino, cop., 1990; M. WEBER, *Sociologie du Droit*, traducción francesa de J. Grosclaude, prefacio de Ph. Reynaud, Paris, Presses Universitaires de France, 1986; R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, traducción española de J. M^a Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

términos individuales y al que se atribuía una capacidad distributiva no constitutiva; y en segundo término, una limitación del poder o si se quiere de esa capacidad o principio de distribución, mediante un principio organizativo cuyo instrumento fundamental será la *ley* a través de la cual se ponen en conexión el principio de libertad y el principio técnico de organización relacionándolos normativamente. De lo que se trata es, en última instancia, de establecer una relación regulativa (no constitutiva) entre ente de razón y sujeto social, generándose así una “legalidad” de la que, según Kant, aún podría predicarse un contenido material en tanto en cuanto se erigiría en presupuesto regulativo, anterior y directamente individual, al margen de cualquier otro contenido; y un contenido formal que subsumiría el hecho material. La corrección o más bien la transformación que incorporará el liberalismo respecto a los presupuestos kantianos, será precisamente la conversión de ese elemento formal (que según Kant, subsume el hecho material), en mero procedimiento de elaboración de la ley entendida ésta como expresión de la voluntad general, mientras que en la pura teoría kantiana la generalidad de la ley venía dada por el contenido de la

misma. Lo material se ha relativizado y hecho voluntad en función de lo formal, como resultado de la corrección liberal.

En consecuencia, las Constituciones liberales sólo tendrían carácter constituyente en relación con los principios de limitación, es decir, con las Declaraciones de derechos o parte dogmática de las mismas, y las garantías constitucionales serían todas de carácter político pero no jurídico; las garantías jurídicas de los derechos habría que buscarlas en el ámbito penal, no en el constitucional en el que dichas garantías se vinculan a la representación política.

Pues bien, así como la Constitución liberal identifica o vincula lo constituido con la regulación limitadora del poder (el hecho político es limitado desde la legalidad), en la Constitución “postliberal” posterior lo constituido se va a relacionar fundamentalmente con la administración y no tanto con la regulación: lo constituido interesa en el sentido de administración de ese “constituido”, no en el de regulación ni limitación, de tal manera que el hecho constituyente regulativo es absorbido por el

poder ejecutivo (rompiéndose la distinción entre parte orgánica y parte dogmática de la Constitución), y el Parlamento se convierte en órgano administrativo dependiente del poder ejecutivo que como decimos absorbe a todos los demás desde la Administración, desde una Administración cuya base es por lo demás esencialmente económica. De este modo asistimos a la destrucción de la unidad técnica del principio de legalidad y a la aparición de nuevas relaciones del tipo Ley- Reglamento, Decreto ley o Ley orgánica²³³. Asimismo, en la medida en que se entiende que los derechos y libertades forman parte de lo constituido y no de lo constituyente, pierden su carácter anterior. Las Constituciones en general adquieren un carácter de totalidad jurídica (tanto en su parte dogmática como en la parte orgánica), lo cual determina además la aparición de nuevos entes como partidos políticos, sindicatos, etc²³⁴.

²³³ Ver al respecto J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Girard et Brière, 1906; M. TROPER, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980.

²³⁴ Sigo aquí los escritos del profesor J. M^a. Ordóñez sobre el constitucionalismo postliberal: J. M^a, ORDÓÑEZ, *Papers (inéditos)*.

Desde esta perspectiva teórica, la aportación de Maurice Hauriou se analiza como especificidad e inicio de los problemas constitucionales del postliberalismo, tomando la Tercera República francesa como marco jurídico positivo en el que se inscribe su teoría jurídica y se plantean sus problemas técnicos.

1.2.- LA CONSTITUCIÓN DE LA TERCERA REPÚBLICA. LAS LEYES CONSTITUCIONALES

En su análisis sobre la Constitución política de Francia²³⁵, Hauriou va a sostener que existen dos períodos o ciclos en la

Para profundizar sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las obras de R. MORODO y P. LUCAS MURILLOS DE LA CUEVA, *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, México, Universidad Nacional Autónoma, 2001; P. DE VEGA, *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977; A. BERGARECHE, *Partidos políticos y Constitución material*, este trabajo forma parte del proyecto docente del autor.

²³⁵ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp. 293 a 331.

historia política y constitucional francesa entre los años 1789 y 1875, que sucediéndose en el tiempo reproducen cada uno de ellos las mismas etapas, a saber:

- Un primer ciclo de 1789 a 1848, que se inicia con un gobierno de Asamblea revolucionaria, sigue con una reacción del ejecutivo en el I Imperio y finaliza con un régimen parlamentario a partir de 1814.

- Un segundo ciclo a partir de 1848 que comienza en este año con un gobierno de Asamblea, continúa con una reacción ejecutiva, y después del II Imperio se vuelve de nuevo al parlamentarismo como preámbulo de las leyes de 1875.

Según Hauriou, la sucesión de dos ciclos políticos, presentando cada uno por separado la misma evolución, es debida a la interacción de dos corrientes de pensamiento o de dos fuerzas políticas enfrentadas, cada una de las cuales ha conseguido

imponerse a la otra de manera podríamos decir consecutiva. Estas corrientes o fuerzas encontradas estarían representadas, de un lado, por la tendencia revolucionaria del gobierno asambleario; del otro, por la tendencia directorial, consular, imperial o presidencial, preocupada por reforzar el poder ejecutivo como reacción a la primacía del gobierno de Asamblea.

Sea como fuere, la concreción del Estado liberal en el Estado de Derecho va a instaurar un modelo de legalidad que en Francia se traduce, con el advenimiento de la Tercera República (1870), en un Gobierno de Asamblea cuyo instrumento de mando serán las Leyes Constitucionales que culminan la experiencia constitucional francesa en 1875 y cuya especificidad, empleando la expresión de Hauriou, reside en ser expresión de la *superlegalidad constitucional*²³⁶.

²³⁶Además de la obra de M. HAURIUO, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., en cuya parte tercera (pp. 293 a 610) realiza un análisis exhaustivo sobre la Constitución de 1875 y la forma general del Estado francés, se citan como obras de referencia: L. DUGUIT et H. MONNIER, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, L.G.D.J., 1932; G.

Reproducimos a continuación la siguiente cita perteneciente a G. Vedel, que resume con gran claridad dicha experiencia y su resultado:

“... los constituyentes de 1875 tuvieron bastante buen juicio para extraer concretamente las enseñanzas de tres cuartos de siglo de vicisitudes políticas: la soberanía nacional, el sufragio universal, los derechos del hombre, el

RIPERT, *Le déclin du Droit. Études sur la Législation Contemporaine*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 126 y ss.; J. BAINVILLE, *La Troisième République, 1870 – 1935*, Paris, Arthème Fayard et Cie. Éditeurs, 1935; J. J. CHEVALLIER et G. CONAC, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 8^a Éd., 1991; M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France*, 3 vol., Paris, A. Colin et Sirey, 1932 – 1937; O. DUHAMEL, *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, Seuil, 1995; J. ELLUL, *Histoire des institutions, t. V. – Le XIX siècle*, Paris, P.U.F., 1979; Y. GUCHET, *Histoire constitutionnelle de la France (1789 – 1974)*, Paris, Economica, 3^a Éd., 1993; J. DE MALAFOSSE, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IV République*, Paris, Montchrestien, 1975; P. VILLARD, *Histoire des institutions publiques de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 5^a Éd., 1992.

orden garantizado por una administración que había tenido más continuidad que le poder político, eso es toda la Tercera República en sus principios.

Para combinar todos estos elementos se necesitaba sin embargo una fórmula o procedimiento. Los constituyentes lo encontraron en el régimen parlamentario, es decir, esencialmente en la responsabilidad ministerial.

En efecto, en la experiencia constitucional francesa, el régimen parlamentario había sido asociado únicamente a regímenes monárquicos y censatarios. Los imperios no lo habían considerado más que al final de su carrera; las repúblicas habían oscilado entre la confusión jacobina de los poderes y su separación rigurosa del tipo del Directorio. La experiencia de 1848 había sido equívoca, a la mitad del camino del régimen parlamentario y del régimen presidencial. Abreviando, es Luis XVIII y es Luis Felipe,

quienes habían presidido el régimen parlamentario en la experiencia francesa.

Si los constituyentes de 1875 hubieran sido uniforme y resueltamente republicanos, sin duda no hubieran inscrito el régimen parlamentario en los textos: se habrían inclinado más bien hacia un gobierno de asamblea al modo de 1793. Es en razón de tratarse de realistas sin rey, por lo que pensaron colocar a un Jefe del Estado independiente de la cámaras, pero ligado a ellas por intermediación de un gabinete responsable. La fórmula iba a permitir al régimen vivir, no por que el régimen parlamentario tuviera virtudes eternas, eficaces en todo tiempo y lugar, sino porque en las condiciones históricas del momento, era la balastrada de una República que sin él, probablemente se hubiera agotado en la exaltación de un régimen convencional.

Finalmente, el secreto de la Tercera República es el matrimonio de la soberanía nacional, del sufragio universal

y de los derechos del hombre, es decir, de la República, con el régimen parlamentario; de la herencia de las monarquías del siglo XIX, con la administración napoleónica.

Sin duda, la Tercera República debía evolucionar y llegar a ser algo distinto, pero su nacimiento no se comprende, si no se le relaciona con la experiencia constitucional que ella corona y expresa más o menos conscientemente”²³⁷.

Pues bien, el precedente fundamental de las leyes constitucionales de 1875 lo vamos a encontrar en la “loi du

²³⁷ La cita pertenece a G. VEDEL y ha sido extraída de su trabajo *Balance de la Experiencia Constitucional francesa a mediados del siglo XIX*, recogido en *El Constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, D.F., Centenario de la Constitución mexicana de 5 de Febrero de 1857, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, pp. 920 a 925.

En la misma publicación, pg. 787, resulta particularmente interesante el trabajo de P. BASTID, *El constitucionalismo francés a mediados del siglo XIX*.

septennat” de 20 de Noviembre de 1873, que en su artículo primero dice:

*“El poder ejecutivo queda confiado durante siete años al mariscal Mac-Mahon, duque de Magenta, a partir de la promulgación de la presente ley; este poder se seguirá ejerciendo a título de Presidente de la República y en las condiciones actuales mientras no se produzcan modificaciones previstas en las leyes constitucionales”*²³⁸.

El interés del texto reside en que fija la duración del mandato presidencial en siete años sin prever, y esto es lo importante, facultad alguna de revocación, de tal manera que convierte al Presidente en un Jefe de Estado auténticamente parlamentario al conceder pleno protagonismo a la responsabilidad ministerial en

²³⁸ *“Le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au maréchal Mac-Mahon, duc de Magenta, à partir de la promulgation de la présente loi; ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de Président de la République et dans les conditions actuelles jusqu’aux modifications que pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles”*.

detrimento de la responsabilidad presidencial que quedaría anulada²³⁹.

Con esta tendencia evolutiva hacía el régimen parlamentario se reunirá en Enero de 1875, cumpliendo lo dispuesto en el artículo segundo de la citada ley, la denominada “Comisión des Trente” encargada de estudiar las leyes constitucionales. El proyecto resultante de los trabajos llevados a cabo por esta comisión servirá finalmente a la fundamentación constitucional de la Tercera República²⁴⁰, tras múltiples debates a cuya conclusión contribuyó la

²³⁹ Ver al respecto M. MORABITO, *Le chef de l'État en France*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 1995.

²⁴⁰ Sobre la Tercera República Francesa se pueden consultar las siguientes obras, entre otras: J. P. AZEMA et M. WINOCK, *Naissance et mort. La Troisième République*, Paris, Pluriel, 1978; J. CHASTENET, *Histoire de la Troisième République, I. – L'enfance de la République, 1870 –1879*, Paris, Hachette, 1952; D. HALEVY, *La fin des notables*, Paris, Grasset, 1930; J. M. MAYEUR, *Les débuts de la III République, 1871 – 1898*, Paris, Seuil, 1973; *ID.*, *La vie politique sous la Troisième République, 1870 – 1940*, Paris, Seuil, 1984; C. NICOLET, *L'idée républicaine en France (1789 – 1924), Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982; F. GOGUEL, *La politique des partis sous la III République*, Paris, Seuil, 1946; O. RUDELLE, *La République*

importante enmienda de Wallon, “l’ammendement Wallon”, que ofrecía una solución a los temores de los monárquicos preocupados por el carácter definitivo de un texto que podía suponer la consagración de la República y de los republicanos. Wallon, utilizando la siguiente redacción para el artículo primero del proyecto: “*el Presidente de la República es elegido por mayoría absoluta, por el Senado y por la Cámara de diputados reunidos en Asamblea Nacional. Es nombrado por un período de siete años. Es reelegible*”²⁴¹, dio una formulación lo suficientemente ambigua como para no declarar el gobierno republicano definitivo pero tampoco provisional. Con esta pirueta dialéctica, sin hacer de la naturaleza del régimen una cuestión de principio ya que se nombra

absolue. Aux origines de l’instabilité constitutionnelle de la France républicaine, 1870 – 1889, Paris, Publications de la Sorbonne, Série France XIX – XX, n° 14, 1982; C. SEIGNOBOS, *Le déclin de l’Empire et l’établissement de la Troisième République, 1859 – 1875*, Paris, Hachette, 1921; *ID.*, *L’évolution de la Troisième République, 1875 – 1914*, Paris, Hachette, 1921; D. THOMSON, *La démocratie en France: La Troisième République*, Paris, Nizet, 1955.

²⁴¹ “*le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages par le Sénat e par la Chambre des députés réunis en Assemblée nationale. Il est nommé pour sept ans. Il est rééligible*”.

en primer término al *Président*, y sólo en segundo lugar, como un atributo del primero, a la *République* (que era el término temido), se consiguió lo imposible (que era exactamente lo contrario), a saber, la despersonalización del mandato, la desvinculación definitiva de la persona del Presidente (Mac Mahon) respecto a la institución presidencial, y con ello la consagración constitucional de la perpetuidad del régimen y el fin de su carácter provisional.

Una vez consensuado y aprobado el texto con “l’ammendement Wallon”, serán aprobadas las leyes constitucionales que resultarán de vital importancia al erigirse en el instrumento de mando del Gobierno de que hablábamos al comienzo de este epígrafe, y que son:

- Ley de 24 de Febrero de 1875, relativa al Senado.
- Ley de 25 de Febrero de 1875 sobre organización de los poderes públicos.
- Ley de 16 de Julio de 1875, reguladora de las relaciones entre los poderes públicos.

Como puede apreciarse, estas leyes constitucionales carecen de la unidad formal característica de las Constituciones, lo cual es debido en gran parte a que las condiciones de su elaboración, marcadas por una clara necesidad de compromiso entre dos sectores enfrentados (monárquicos y republicanos), excluyeron en la práctica la posibilidad de conferirles el carácter solemne propio de un texto constitucional.

De una consideración de conjunto acerca de las Leyes Constitucionales francesas de 1875, podemos extraer que las dos instituciones claves en este compromiso constitucional van a ser: el Presidente de la República, por una parte, y el Senado, por otra.

Respecto al Presidente de la República, hay que señalar que se tratará de crear una institución semejante a la de un Jefe de Estado que, en caso de necesidad, resultase fácilmente transformable en una especie de monarca parlamentario. En esta línea, el artículo tres de la Ley de 25 de Febrero de 1875 sobre organización de los poderes

públicos, tras enumerar las competencias presidenciales (potestad reglamentaria subordinada a la ejecución de una ley preexistente; derecho de gracia; disposición de las fuerzas armadas; nombramiento de los funcionarios civiles y militares; iniciativa legislativa compartida con las Cámaras y promulgación de las leyes; disolución de la Cámara de Diputados previa conformidad del Senado)²⁴², añade que cada uno de los actos del Presidente de la República deberá ser confirmado por un ministro, lo cual significa jurídicamente que aquel se halla permanentemente bajo tutela ministerial no pudiendo ejercer ninguna de sus funciones de manera aislada. El presidente de la República es pues *irresponsable* con una sola excepción: la alta traición. Otros deben por tanto cargar con la responsabilidad de sus actos, esos otros son los ministros que de manera solidaria asumen la responsabilidad de la política presidencial ante las Cámaras.

²⁴² Otras competencias presidenciales recogidas en la Ley de 16 de Julio de 1875 por la cual se regulan las relaciones entre los poderes públicos, son: prerrogativas propias de la soberanía internacional a excepción de la ratificación de ciertos tratados y la declaración de guerra que deben ser autorizadas por las Cámaras (arts. 8 y 9); petición de una segunda deliberación sobre las leyes (art. 7); convocatoria de las Cámaras en sesión extraordinaria (arts. 1 y 2), entre otras.

Por consiguiente, el Gobierno es el encargado de poner en práctica la política presidencial y responde por ello ante las Cámaras, así lo dispone el artículo seis de la citada Ley de 25 de Febrero al declararle colectivamente responsable ante las mismas, mientras que los ministros individualmente considerados resultarán sólo responsables de los propios actos. Pues bien, es precisamente esta práctica así instituida la que confiere al régimen su carácter parlamentario, y hay que apuntar como explicación al respecto el hecho de que la práctica de la “responsabilidad presidencial”, estrechamente vinculada hasta el momento al contenido esencial de la República, había revelado serias dificultades a la hora de hacerla compatible con la “responsabilidad ministerial”, a la vez que parecía coadyuvar peligrosamente a una política personalista del Presidente.

Respecto al poder legislativo, la institución crucial del compromiso constitucional de 1875 va a ser el Senado al que, no en balde, le está dedicada por completo la primera de las leyes

constitucionales, la de 24 de Febrero de 1875. Su importancia procede del hecho de que la tradición republicana había venido mostrándose fiel a un sistema de Asamblea única como única capaz de representar válidamente la voluntad de la nación, de tal manera que el Senado se iba a presentar como el precio a pagar por los republicanos para alcanzar el compromiso constitucional de la República.

De este modo se estructura un sistema bicameral con una Cámara de diputados elegida por sufragio universal directo, renovable íntegramente cada cuatro años, que puede ser disuelta por decreto del Presidente previa autorización del Senado; y un Senado elegido en parte (225 senadores) por sufragio universal indirecto (el colegio electoral senatorial estará constituido por los representantes de los gobiernos municipales, disponiendo cada uno de ellos de un delegado), y en parte (75 senadores) designado por la Cámara de diputados con carácter vitalicio, renovable por tercios cada tres años y no susceptible de disolución.

Ambas cámaras son instituidas, en principio, en pie de igualdad, tanto en materia constituyente como ante las exigencias de la responsabilidad ministerial; ahora bien, la necesidad de la aprobación previa del Senado para la disolución de la Cámara de diputados por el Presidente de la República (art. 5, Ley de 25 de Febrero de 1875 sobre organización de los poderes públicos), colocaba en aquel momento a la institución senatorial en una posición de indubitable superioridad política al convertirle en árbitro de eventuales conflictos entre el Presidente de la República y la Cámara de diputados²⁴³. Como veremos más adelante, esta tendencia cambiará de signo en beneficio de un reforzamiento del papel desempeñado por la Cámara de diputados.

Debemos tratar también la importante cuestión de la posibilidad de revisión de las leyes constitucionales²⁴⁴. Al respecto, el artículo ocho de la citada Ley de 25 de Febrero disponía lo siguiente:

²⁴³ Ver al respecto P. ALBERTINI, *Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels française*, París, L.G.D.J., 1977.

²⁴⁴ Ver M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp. 332 a 341.

*“Las Cámaras tendrán el derecho, en deliberación separada y por mayoría absoluta de votos en cada una de ellas, ya sea espontáneamente o a petición del Presidente de la República, de declarar que ha lugar a la revisión de las leyes constitucionales. Después de que cada una de las dos Cámaras haya adoptado esta decisión, ambas se reunirán en Asamblea Nacional para proceder a la revisión. Las disposiciones que comporten la revisión de leyes constitucionales en todo o en parte deberán ser adoptadas por la mayoría absoluta de los miembros que componen la Asamblea Nacional”*²⁴⁵.

²⁴⁵ *“Les Chambres auront le droit , par délibérations separees, prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du Président de la République, de déclarer qu’il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles. Après que chacune des deux Chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale por proceder à la revisión. Les dispositions portant revisión des lois constitutionnelles en tout ou en partie devront être prises à la majorité absolue des membres composant l’Assamblée nationale”*.

Este artículo pone de manifiesto el carácter escasamente democrático del texto legal que deja al margen toda posible intervención del pueblo en el proceso de revisión. Por lo demás, el procedimiento se divide en dos fases: la iniciativa y el voto. La primera corresponde a cada una de las Cámaras por separado o al Presidente de la República, y no se diferencia en nada en cuanto a su desarrollo respecto a la iniciativa legislativa ordinaria. Para que la revisión se ponga en marcha es necesaria una resolución adoptada de manera independiente y por mayoría absoluta en cada una de las Cámaras, y una vez el principio de la revisión es aceptado ambas Cámaras se reúnen en Asamblea nacional para proceder a su votación.

Otro punto importante en relación con el tema de la revisión constitucional es el de su amplitud. Como hemos señalado, la revisión puede afectar a todo o sólo a una parte de la ley constitucional de que se trate, admitiéndose así la posibilidad de una revisión integral que suponía, de hecho, hipotecar de por vida la forma republicana misma. La razón de ser de esta posibilidad de

revisión integral respondía, en el fondo, a una imperecedera esperanza de Restauración por parte de los monárquicos. Sin embargo, las primeras revisiones de que van a ser objeto las leyes constitucionales de 1875 van arrojar como resultado precisamente el efecto contrario, a saber, el fortalecimiento de la República. Así, y aunque sólo constituya un dato simbólico, se procede por Ley de 21 de Junio de 1879 que deroga el artículo nueve de la Ley de 25 de Febrero de 1875, al traslado de la sede de los poderes públicos de Versalles a París. También, y de modo más rotundo, la Ley de 14 de Agosto de 1884 que vendrá a completar el art. 8 de la Ley de 25 de Febrero de 1875, declarará en su art. 2º que “la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l’objet d’une proposition de revisión”, mostrando un claro triunfo del espíritu republicano.

Así las cosas y como resultado de un claro giro hacia posiciones netamente republicanas inducido por el tono político de los acontecimientos, el laborioso equilibrio buscado en las Leyes constitucionales acabará rompiéndose en beneficio de una nueva lectura de la constitución de la República mucho más conforme a la

tradición revolucionaria. En este sentido hemos de señalar que en un plano institucional aquello que finalmente va a caracterizar a la Tercera República Francesa será, fundamentalmente, el claro dominio de la Cámara de los diputados, constitucionalmente consagrado por Jules Grévy, Presidente de la República, quien en su discurso de agradecimiento a la Asamblea nacional que le acaba de investir en fecha de 6 de Febrero de 1879, declaraba:

*“Sinceramente sumiso a la gran ley del régimen parlamentario, no entraría jamás en lucha contra la voluntad nacional expresada por sus órganos constitucionales”*²⁴⁶.

²⁴⁶ *“Soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n’entrerais jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels”.*

Ver al respecto M. MORABITO et D. BURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789–1958)*, Paris, Editions Montchrestien, 4^a Éd., 1996, pg. 284.

Con esta declaración queda instaurada la que se conoce como “Constitución Grévy” que consagra la práctica institucional de la irresponsabilidad presidencial (Grévy no utilizará ni una de las prerrogativas constitucionalmente reconocidas al Presidente), en beneficio de una total supremacía parlamentaria, dejando a los poderes del Jefe del Estado a título meramente nominal. De esta manera, y esto es lo importante, la práctica institucional se impone a la regla, y en este sentido puede decirse que 1879 marca la llegada de hecho de una “nueva constitución” que instaura un parlamentarismo absoluto, cuyo objetivo ya no es tanto asegurar el equilibrio de poderes (que lo era en las Leyes de 1875) como consagrar la primacía del único órgano elegido por sufragio universal directo, la Cámara de diputados, tal como correspondía a la más pura tradición revolucionaria.

El principio de la supremacía parlamentaria, derivado de la primacía otorgada al sufragio universal, debía pues abocar (al menos en teoría) a la supresión de la institución senatorial que suponía un auténtico freno a la realización completa de la

República. En este sentido se procedió a una revisión constitucional de la Ley de 24 de Febrero de 1875 sobre el Senado que condujo a la desconstitucionalización de sus artículos 1 a 7 que se ocupaban de la organización del mismo, lo cual permitió votar una ley ordinaria el 9 de Diciembre de 1884 modificando el contenido de los mismos en el siguiente sentido:

- En primer lugar, la condición vitalicia reconocida a determinados senadores fue suprimida por considerarse profundamente antidemocrática al no tener que rendir cuentas jamás ante el electorado.
- En segundo lugar, se procedió a ampliar la base del colegio electoral encargado de elegir a los senadores: en vez de un delegado por Municipio independientemente del tamaño de éste (que en última instancia beneficiaba a las pequeñas comunidades rurales y reafirmaba el carácter conservador de la Cámara Alta), se procede a racionalizar el reparto ampliando el número de

representantes según el tamaño del Municipio, eso sí, sin llegar nunca a la proporcionalidad total (lo cual beneficiaba a las comunidades locales medianas regidas por pequeñas oligarquías clientelares, próximas a un republicanismo más oportunista que real).

En resumen, la reforma del Senado de 1884 suponía un debilitamiento de esta institución respecto a 1875 en beneficio de la Cámara de diputados. Pero aún así, quedaba asegurada su existencia institucional como contrapunto del carácter “excesivamente” democrático de la Cámara Baja.

En este contexto jurídico, histórico y político, habla Carré de Malberg de “souveraineté parlementaire” y se pronuncia de la siguiente manera: “La conscience des parlementaires était le seul tribunal de la constitutionnalité des lois”²⁴⁷, expresando con ello el

²⁴⁷ Ver al respecto R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi: expresión de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875; préface de Georges Burdeau*, París, Económica, 1984, reproducción facsímil de la

principio de supremacía de la ley parlamentaria que, como es natural, excluía toda posibilidad de admisión de una ley superior y por supuesto cualquier clase de control de constitucionalidad. El principio de la soberanía imponía la prohibición tácita de todo acto que viniera a desvirtuar el origen parlamentario de la ley porque la legitimidad del derecho positivo se hacía residir precisamente en su origen parlamentario²⁴⁸.

Es en este escenario jurídico y político que aquí hemos intentado reproducir a grandes rasgos, siguiendo en ocasiones al propio autor que ahora nos interesa, Maurice Hauriou, en el que se va a desarrollar su aportación teórica al mundo del Derecho

edición de París, Librairie du Recueil Sirey, 1931. Asimismo, resulta particularmente interesante la obra de G. BACOT, *Carréde Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, París, C.N.R.S., 1985.

²⁴⁸ Sobre este tema ver P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, op. cit.; C. MORTATI, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato, Vol. I, Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972.

Constitucional, la cual abordamos a continuación desde su particular visión del denominado “institucionalismo jurídico”.

2.- EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

2.1.- INTRODUCCIÓN

2.1.1.- PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

El objetivo metodológico perseguido por Hauriou consiste en la coordinación de los materiales obtenidos a partir de la observación (los elementos constitutivos del Estado), con las ideas directrices tomadas de la tradición cuya exactitud venga verificada por la observación de los hechos. Es decir, construir una Teoría positiva del Estado orgánica, institucional, corporativa.

En cuanto al método, Hauriou lo define como "método de observación de los hechos positivo, riguroso y sincero"²⁴⁹. El procedimiento sería el siguiente: partiendo de las instituciones

²⁴⁹M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 2ª Ed., Paris, Recueil Sirey, 1.916, pp., XXVII, XXVIII.

particulares, que se presupone gozan de una significación propia que les viene dada, se trataría de hacerlas encajar en una construcción de conjunto. En este proceso de ajuste de lo particular a lo general consistiría hablando con propiedad la experimentación, que como en toda investigación científica viene a controlar a la observación.

En este contexto es muy importante la puntualización realizada por Hauriou al advertir que esa construcción de conjunto no debe ser un "a priori", es decir, que no se construye desde arriba a partir de grandes principios sino desde abajo a base de observaciones repetidas, tal y como corresponde al método experimental. Se trataría pues de una construcción efectuada a partir de la conjunción de fuerzas con ideas directrices, restando sólo comprobar que la síntesis así obtenida encaja en la realidad²⁵⁰.

²⁵⁰ Citamos a continuación los escritos de M. HAURIOU de contenido fundamentalmente sociológico, por su relación con la cuestión metodológica: *La crise de la Science social*, Revue du Droit Public et de la Science Politique, Tomo I, 1º año, 1894, pp. 294-321; *La Science social traditionnelle*, Paris, L. Larose, 1896; *Leçons sur le mouvement social dones a Toulouse en 1898*,

Este método le permite a Hauriou mantener en sus investigaciones un equilibrio móvil, desde el que las continuas observaciones e interpretaciones van dando forma a nuevas construcciones de conjunto que completan y arrojan luz sobre las anteriores, sin que por el hecho de que los datos cambien, las ideas directrices se vean abocadas a desaparecer, dotando así de coherencia al sistema.

2.1.2.- PLANTEAMIENTO DOCTRINAL

Para situar a Hauriou doctrinalmente debemos volvernos hacia la Edad Media y más concretamente a la segunda escolástica. Prueba de ello es su intento de revitalizar las doctrinas clásicas del siglo

Paris, L. Larose, 1899; *Philosophie du droit et Science sociale*, Revue du Droit Public et de la Science Politique, Tomo XII, 6º año, 1899, pp. 462 a 476.

XVII²⁵¹, planteando como postulado central de su pensamiento el siguiente enunciado:

El Derecho posee una materia y una forma características:

- Su forma (texto de la ley) se presenta como conjunto de reglas y actos jurídicos.

- Su materia (espíritu de la ley) consiste precisamente en el contenido de esas reglas y actos jurídicos, a saber, *la*

²⁵¹ Nos referimos principalmente a la segunda escolástica y al pensamiento de Francisco Suárez, a los que Hauriou se vuelve en busca de fundamentación teórica para sus tesis.

Ver al respecto: F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore; Tratado de las leyes y de Dios Legislador: en Diez libros*, versión española de J. R. Eguillor Munoizguren, con una introducción general de L. Vela Sánchez. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.

Entre otras obras consultadas referimos las siguientes: M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne: la pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990; O. GIERKE, *Natural law and the theory of society: 1500–1800*, trad. inglesa e introducción de E. Baker. Cambridge, University press, 1950.

*libertad humana condicionada por el orden social y la justicia*²⁵².

Ambos elementos son, de acuerdo con el pensamiento jurídico dualista característico del método clásico, radicalmente irreductibles, no existiendo por tanto posibilidad alguna de reconducir el uno al otro sino tan solo de equilibrarlos. Esta postura dualista va a ser refutada, como veremos, desde el Positivismo Jurídico²⁵³, ante lo cual Hauriou manifiesta su preocupación de la siguiente manera:

²⁵² Así comienza Hauriou su obra, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., sobre la que ahora centramos este trabajo, sin que ello suponga dejar de lado las demás que se irán señalando posteriormente. No obstante, remitimos al final de este trabajo para una bibliografía detallada sobre las obras de M. HAURIOU.

²⁵³ Sobre Positivismo Jurídico resultan particularmente interesantes las siguientes obras de N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunita, 1972; *ID.*, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal dott. Nello Mora, Torino, G. Giappichelli, 1996; *ID.*, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1995. Otras obras de referencia: U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunita, cop. 1965; G. LUMIA, *Empirismo logico e*

“El pensamiento clásico, sin dejar de apreciar el valor de la unidad, sabe inclinarse ante los límites del pensamiento humano; el dualismo de la forma y la materia, irreductible después de cuatro mil años de filosofía, es uno de esos límites para todos aquellos que se preocupan de lo real. Pero el orgullo de la ciencia prefiere subir a lomos de la quimera. El monismo formal ha sido obstinadamente perseguido en las ciencias desde hace un siglo sin finalmente haberse podido alcanzar; incluso en la física ultramoderna, la de los iones y las radiaciones, la materia persiste y los energetistas más fogosos se ven obligados a confesar que el fenómeno de los quanta aún revela su existencia”²⁵⁴.

positivismo giuridico, Milano, Giuffrè, 1963; N. Mc.CORMICK, *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*, Dordrecht, Reidel, 1992; E. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993.

²⁵⁴ *“La pensée classique, tout en appréciant la valeur de l’unité, sait s’incliner devant les limites de la pensée humaine; le dualisme de la forme et de la matière, irréductible depuis quatre mille ans de philosophie, est une de ces limites pour tous ceux qui ont la préoccupation du réel. Mais l’orgueil de la*

Precisemos a continuación los postulados esenciales del sistema del Derecho tradicional clásico, construido a partir de los conceptos de *derecho subjetivo* y *persona jurídica*:

1. La Historia se presenta como una sucesión de civilizaciones, entendiendo por “civilización” aquél estado de cosas en que se dan las condiciones para la vida social y que sólo aparece con la edad sedentaria, la cual viene a imponer las bases del orden social individualista que constituye el soporte necesario para el tipo de producción a que se ve abocada esta clase de organización humana a fin de procurarse los medios de subsistencia precisos.

science préfère chevaucher la chimère. Le monisme énergétique et formel a été obstinément poursuivi dans les sciences depuis un siècle sans jamais pouvoir être atteint; même dans la physique ultra-moderne, celle des ions et des radiations, la matière résiste et les énergétistes les plus fougues sont obligés de confesser que le phénomène des quanta décèle encore son existence”. M. HAURIOU, “Précis de Droit Constitutionnel”, op. cit., pp. XI, XII.

2. En esta sucesión, la civilización occidental ocupa un lugar preeminente por su carácter de modelo clásico.

3. La materia del Derecho en este modelo es la organización social fundamentada en el individualismo relativo, que conlleva la necesidad de condicionar la libertad individual mediante reglas de conducta y sanciones sociales. El concepto fundamental en toda organización social es por tanto el “individualismo relativo”, y ello implica, Según Hauriou:

- a) Un sistema de Derecho cimentado en los conceptos de persona jurídica y derecho subjetivo.

- b) Un orden social construido sobre la idea de proyecto o empresa individual.

Pues bien, este Derecho tradicional clásico, que hace primar la materia o contenido del Derecho sobre la forma, va a entrar en crisis a finales del siglo XIX de la mano del formalismo jurídico representado por las figuras de, entre otros, Roguin²⁵⁵, Picard²⁵⁶, Jellinek²⁵⁷ y sobre todo Kelsen²⁵⁸, exponente fundamental del Positivismo Jurídico. A diferencia de Hauriou, para quien el Derecho no podía ser sino un arte (materia y forma, teoría y praxis, amalgamadas), y la ciencia del Derecho el instrumento que habría

²⁵⁵ E. ROGUIN, *La science juridique pure*, 3 vol., Paris – Lausanne, Librairie Générale de Droit Librairie F. Rouge, 1923. Hay traducción española de J. M^a. Navarro de Palencia, *Las reglas jurídicas: estudio de ciencia jurídica pura... precedida de una introducción sobre la clasificación de las ciencias*, Madrid, La España moderna, 1890?.

²⁵⁶ E. PICARD, *Le Droit pur: cours d'Encyclopédie du Droit: les permanences juridiques abstraites*, Bruxelles: Veuve Ferdinand Larcier; Paris: Félix Alcan, 1899.

²⁵⁷ G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, op cit.

²⁵⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. española de la segunda edición alemana por R. J. Vernengo. México, U.N.A.M., 1986; *ID.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit.

Además, Hauriou hace alusión a una obra de Ch. EISENMANN fechada en 1928, *La justice constitutionnelle et la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche*, con prefacio de Kelsen, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, imp. 1986.

de servir a esclarecerlo, para Kelsen la ciencia del Derecho no es la Ciencia de un arte indisolublemente ligada a un formación artística, sino una ciencia ordinaria (pura) cuyo único objeto es el conocimiento de un Derecho ya creado y de su organización en un sistema de nociones puramente técnicas y formales cuidadosamente articuladas entre sí, sin que intervenga ningún elemento de fondo que no esté él mismo contenido en una forma²⁵⁹. Convendría pues relegar a la práctica cualquier elemento extraño a la forma (ideas morales, preocupaciones de orden social y de justicia, derecho natural, etc.), resultando así que sería la práctica, en todas sus modalidades (legislativa, judicial y administrativa), la que crearía el Derecho. En esta obra de creación se daría la amalgama entre fondo y forma, resultando que la ciencia la recibiría así ya dada. El jurista no tendría más que ocuparse del Derecho existente, quedándole vetada cualquier perspectiva sobre su creación, fundada en consideraciones de orden, justicia o moral. El jurista debería ceñirse

²⁵⁹ Así lo expone Hauriou en la pg. VIII del Prefacio a los *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit. Sobre este punto puede consultarse además la siguiente obra: H. KELSEN y R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di Stanley L. Paulson, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 1992.

a la utilización de argumentos extraídos de reglas formuladas en leyes positivas, y dejar a un lado cualquier clase de derechos u obligaciones naturales o de principios de justicia que no le interesan.

El vértigo ante el vacío generado por el formalismo kelseniano va a ser tal, que al mismo Kelsen no le queda más remedio que recurrir, para llenarlo, a la ficción de la “Constitución Hipotética” que sería aquella que contuviera los principios esenciales aún sin formular, en un a modo de programa legislativo que pronto se convertiría en una Constitución positiva²⁶⁰.

Hauriou se da cuenta de que, con estos planteamientos, la base tradicional del Derecho (derechos subjetivos y personalidad jurídica) veríase reemplazada por otra constituida por reglas de Derecho y actos jurídicos que conduciría al abandono del

²⁶⁰ Kelsen trata la cuestión de una hipotética “norma fundante básica” en varios momentos de su extensa obra, fundamentalmente, en la *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 135 y ss.; y sobre todo en la *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp. 201 y ss.

fundamento individualista del Derecho y de la sociedad. Cualquier crítica de las leyes no fundada en razones puramente técnicas debería quedar entonces prohibida ya que, la Jurisprudencia, no teniendo por qué preocuparse de la creación de un Derecho que le viene dado, no tendría tampoco ninguna necesidad de reflexión moral, con lo que ello supondría de sacrificio para la libertad y autonomía individuales.

Contra esta concepción del Derecho, de la sociedad y del Estado, reacciona Hauriou elaborando la suya propia que a continuación exponemos. Comenzaremos analizando qué entiende nuestro autor por “orden social”, concepto que junto con el de voluntad individual, ambos estrechamente ligados al de “poder” que funda y organiza el orden, son los elementos fundamentales del concepto de Constitución porque de ellos emerge la idea de *superlegalidad* y desde ahí el Derecho.

2.2.- ORDEN SOCIAL, VOLUNTAD INDIVIDUAL Y JUSTICIA

Es connatural al orden social consistir en un ideal a realizar constantemente en lo porvenir, antes que en un ideal realizado en el presente como se pensaba desde el positivismo jurídico. Así lo entiende Hauriou, para quien el orden social constituye un deber ser que se realizará a través del poder subjetivo del hombre, introduciendo así la acción voluntaria individual en la conformación del orden como un elemento indispensable, y con ella la libertad, la cual dispondría siempre de un margen de actuación a pesar de la presión de las necesidades naturales de carácter económico.

Desde otra perspectiva, orden social significa estabilidad y desarrollo; justicia significa igualdad formal y material. Ambos principios estarían vinculados entre sí en una relación de primacía del primero sobre el segundo: el orden primaría sobre la justicia porque representaría un mínimo de existencia que además vendría protegido por el poder, la coacción y el aparato jurídico. No

obstante, una cierta dosis de justicia sería necesaria en la organización social de cara a obtener el consentimiento, y en esto consiste precisamente el fenómeno de la *institución*²⁶¹, en virtud del cual se mejoran y humanizan progresivamente las organizaciones sociales y por el cual la justicia se incorpora al orden social, manteniendo ambos principios un equilibrio inestable de conjunción y oposición pero equilibrio al fin y al cabo.

En este contexto, podría darse el supuesto de que un orden viejo pudiera desaparecer por infiltración de ciertas ideas de justicia, y que un orden nuevo fuera establecido por razones de estabilidad, como consecuencia de las reformas provocadas por aquellas ideas de justicia recientemente incorporadas. Pues bien, Hauriou mantiene que este fenómeno se produce en efecto cíclicamente con

²⁶¹ Hauriou dedica íntegramente al estudio del concepto de institución su obra *La théorie de la institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, en Cahiers de la Nouvelle Journée, nº 4, 1925, Paris, Bloud et Gay. De esta obra hay traducción al castellano que es la que ahora utilizamos: *La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social)*, trad. española y prólogo de A. E. Sampay. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1968.

nuevas ideas de justicia y con nuevos ordenes²⁶². Puntualicemos esto:

- El orden social es cambiante, existen varios tipos de orden e infinidad de formas de transición. Por el contrario, la idea de justicia es una y siempre la misma, lo que sucede es que se combina en dosis variables según los diversos estados sociales.
- Un orden social establecido lleva incorporada una cierta dosis de justicia, pero siempre estará en conflicto con una nueva dosis de la misma que aún no se ha incorporado.
- Justicia y orden, incorporados o no, son siempre separables porque sus fines son diferentes. Así, el orden social democrático realiza más justicia social que el aristocrático, pero la experiencia le denuncia más frágil ya que la igualdad

²⁶² M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp. 39, 40.

compromete el equilibrio estático que se apoya en el poder y la autoridad.

2.2.1.- CONTENIDO DEL ORDEN SOCIAL

Veamos a continuación cuál es el contenido o materia del orden social, pero antes de entrar en ello debemos precisar que el principio fundamental de toda sociedad sedentaria, y por ende, de los países civilizados, va a ser que el orden social ha de asegurar la producción. Dado que los sistemas comunistas o colectivistas se muestran según Hauriou incapaces de cumplir dicho principio, el orden social del que hablamos debe caer bajo el signo del individualismo, único capaz de asegurar el trabajo productivo indispensable para cubrir las necesidades cada vez más complejas de la civilización moderna²⁶³.

²⁶³ Para profundizar sobre este tema, véase en la primera parte de este trabajo el análisis realizado sobre los factores económicos y sociales del Estado, a partir fundamentalmente de la obra de Weber.

Hecha esta consideración importante, entramos, ahora sí, a analizar los elementos del orden social individualista de los pueblos civilizados. El orden social se compondría, según Hauriou, de:

1) Un elemento material integrado por las necesidades naturales.

2) Un elemento psicológico integrado por:

I. La voluntad del individuo, regida por el interés personal en la propiedad, el poder y la especulación. La especulación sería el motor de la acción y de la producción y su instrumento fundamental lo constituiría el capital, que además cumpliría la función de dar estabilidad al orden social ante el miedo a su pérdida o destrucción.

El sistema jurídico individualista aparecería perfectamente construido sobre el eje de la especulación,

descansando su concepción central en el presupuesto de que el hombre no vive el presente si no el porvenir, que es el lugar de la especulación. Esto significa que los derechos subjetivos se configuran como potencialidades y modos de adquirir, y este es el sentido en que son considerados *bienes*. La *personalidad jurídica* no tendría trascendencia más allá de la capacidad de adquirir, y la verdadera satisfacción sería la de actuar (emprender) para adquirir. Todo estaría dirigido a la adquisición futura y nada a la satisfacción inmediata, todo a la producción y nada al consumo. Se consume para que las empresas puedan producir, no se produce para que las personas cubran sus necesidades mediante el consumo²⁶⁴. El orden espiritual (la satisfacción de adquirir) primaría sobre el material.

²⁶⁴ En este punto es importante señalar la relación existente entre esta obra de Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel* (op. cit.), y *El Capital* de Karl Marx, fundamentalmente la síntesis realizada en el capítulo VI inédito de esta última. Ver al respecto, K. MARX, *El Capital, libro I - capítulo VI, inédito: resultados del proceso inmediato de producción*, trad. española de Pedro Scaron. México,

II. La voluntad del grupo social, cuya reacción ante la voluntad individual creará el equilibrio. El orden individualista hace primar la permanencia de la voluntad individual enfocada a la producción económica, sobre la voluntad del grupo social, incluso sobre la del Estado. Por ello, el Derecho privado constituye el Derecho común y el Derecho público sería la excepción al Derecho común²⁶⁵.

La voluntad individual representaría la acción, y la voluntad del grupo sería la reacción que habrá de contrapesar dicha acción. El Estado realizaría este equilibrio mediante la separación entre lo económico y

Siglo Veintiuno, 1990, 13ª Ed.; *ID, El Capital: crítica de la economía política. Libro I, El proceso de producción del capital*, op. cit.

²⁶⁵ Otras obras de referencia que analizan este fenómeno en profundidad son: N. LUHMANN, *La differenziazione del Diritto: contributi alla sociología e alla teoria del Diritto*, op. cit.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998; N. BOBBIO, *Teoria generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, cop., 1993.

lo político: lo económico abarcaría la empresa individualista (producción de riqueza y propiedad del capital), lo político lo constituiría la empresa estatal (a saber, la explotación del poder sobre los hombres). Mediante el poder político y los medios jurídicos engendrados por él, el Estado reaccionaría sobre la empresa individualista obligándola a su vez a protegerse contra él, de donde derivarían todas las precauciones constitucionales orientadas al debilitamiento y moderación del poder público a fin de salvaguardar la "libertad" (es decir, la libertad económica de las empresas privadas).

El Estado se colocaría así al servicio de la sociedad privada mediante el cumplimiento de tres funciones:

- a) Proteger la sociedad individualista a través de su gobierno, asegurando la paz y el orden

mediante la fuerza armada, la diplomacia, la policía, la legislación y los tribunales.

b) Controlarla y dotarla de servicios para su administración.

c) Eliminar los problemas y dificultades planteados por el orden individualista mediante una organización de carácter represivo, sin dejar de lado la importante labor educativa.

III. Las ideas civilizadoras, morales y religiosas, cuya influencia en los espíritus ayuda a instaurar el orden social individualista y al triunfo de la empresa individual sobre la voluntad del grupo.

En este contexto, el Derecho, que debe suponer la realización del orden social y de la justicia, tendrá que conformar las relaciones políticas y económicas a ambos ordenes. En esta tarea, el papel del

orden social en el Derecho se hará primar sobre el de la justicia lo cual se traducirá en prescripciones que en ocasiones podrán resultar arbitrarias; por su parte, la justicia actuaría siempre en el mismo sentido natural, a saber, el de la igualdad entre los hombres. Este fenómeno lo podemos apreciar en el Derecho positivo de cualquier pueblo, desde el momento que observamos que el contenido material de las reglas de un código está hecho de relaciones sociales ordenadas según una cierta estructura, y que este elemento estructural de organización y coordinación es mucho más manifiesto que el elemento de justicia, teniendo en cuenta además que en este elemento de estructura se desliza frecuentemente cierta arbitrariedad para incorporar tendencias de un determinado signo político.

En definitiva, el hecho de que el Derecho positivo aparezca como un conjunto de reglas organizadas según una cierta estructura que se aplica a las correspondientes categorías sociales, es consecuencia de la existencia de un determinado "orden" social, ya que si éste no existiera y sólo existiera la justicia, no habría

necesidad ni de estructura ni de categorías puesto que la justicia es única, siendo el orden social el que resulta diverso²⁶⁶.

Este planteamiento le lleva a Hauriou a preguntarse acerca del Derecho natural, y más concretamente acerca de si su contenido presenta elementos de orden social y de justicia a la vez, o si simplemente consiste en una colección de preceptos de justicia. Pues bien, la respuesta es que una colección de preceptos de justicia solamente no puede ser, porque dado el carácter unitario de ésta no habría entonces diferencia entre el Derecho natural y la justicia misma. Por tanto, junto a esos preceptos de justicia (equidad), tendrán que aparecer ciertos elementos de orden social. Ahora bien, tampoco de cualquier clase de orden social, sino y según muestra la historia, de un orden social democrático, único capaz de integrar la mayor cantidad de justicia igualitaria y a la vez desplegar los resortes del orden hasta el límite que pueden ser desplegados sin que el edificio social se derrumbe. La creencia en el Derecho

²⁶⁶ M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 58 y ss.

natural quedaría pues vinculada a las épocas democráticas y sólo en ellas cobraría existencia²⁶⁷.

No obstante, es importante realizar dos matizaciones al respecto:

1. Que no se trata de que exista un Derecho natural de suyo evolutivo. Antes bien, Hauriou entiende que el Derecho natural es inmutable tanto en sus principios de orden como de justicia, lo que sucede es que las obras en que se realiza, ellas sí, pueden progresar las unas en relación a las otras, presentándose estas realizaciones de forma intermitente o periódica.
2. Que la concepción de un Derecho natural ideal realizado progresivamente conduce a una definición artística del

²⁶⁷ Un estudio pormenorizado de estos temas y más concretamente de la relación tripartita orden social – justicia – Derecho, así como de la vinculación entre los fundamentos del Derecho y el Derecho natural, lo encontramos en la primera parte de la obra de Hauriou: *Aux sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris, Librairie bloud & gay, 1933, pp. 11 a 72.

Derecho ya que, en tanto que creador de proyectos de orden social y de justicia, el Derecho es un *arte*. Tal como señalábamos anteriormente, toda teoría jurídica sería una obra de arte y el sistema jurídico en su conjunto lo sería de la manera más noble y majestuosa. En consecuencia, el Derecho no puede ser limitado al ámbito puramente práctico, y por ello tampoco puede quedar reducido a mera *técnica*.

Una vez analizados los elementos que constituyen el contenido del orden social individualista, nos centraremos a continuación en el aspecto formal.

2.2.2.- FORMA DEL ORDEN SOCIAL

En su acepción formal, orden social significa organización: organización a nivel moral, afectando al espacio de la libertad, y organización a nivel material, extendiéndose al ámbito de los intereses particulares fundamentalmente económicos. Ambos niveles operan y se relacionan por la acción de las voluntades

individuales, pero es en el orden moral, en el orden de las ideas, donde se va a producir un fenómeno que en el pensamiento de Hauriou es de importancia capital, a saber, el *consentimiento consuetudinario*, es decir, el consentimiento fundado en la costumbre dado por los hombres a las instituciones de sus respectivos países, por ejemplo, al Estado y a su gobierno, a fin de ver garantizada su existencia.

Este consentimiento, al que Hauriou concede un lugar principal en la Teoría del Estado, había constituido un elemento esencial en las doctrinas clásicas del siglo XVII, concretamente en el pensamiento de Grocio y de Althusius²⁶⁸. Sostiene nuestro autor

²⁶⁸ Althusius se ocupa de este tema, en su obra *Política methodice digesta*, publicada por primera vez en 1.603 y que, como su propio nombre indica, consiste en un tratado sistemático sobre todas las formas posibles de asociación humana incluido el Estado, para el que por otra parte, plantea una estructura federal integrada por comunidades a las que resultaría inherente la capacidad de realizar sus propios fines. El Estado se presentaría así como una comunidad en la que diversas provincias o ciudades deciden obligarse por una ley común. Esta estructura federal en la que las partes contratantes estarían constituidas por comunidades autosuficientes (al menos dentro de los límites que conforman los

que el consentimiento consuetudinario de los pueblos desempeña un papel fundamental en el ámbito de las instituciones políticas y sociales, las cuales deberían precisamente su existencia al mismo; y

finés a los que deben servir), hallaría su fundamento en una particular concepción del “contrato” basada en la creencia en una innata propensión social de los individuos, haciéndolo consistir en explicación suficiente de los grupos sociales humanos. Resuenan en este aserto ecos del pensamiento aristotélico incluso con más fuerza que en el aristotelismo escolástico, y así, se entiende que la reunión de los hombres en comunidad es sencillamente un hecho natural que forma parte de la propia condición humana. En esta línea, toda asociación (o *comunidad* en lenguaje aristotélico) es entendida como fruto de un acuerdo en virtud del cual los copartícipes de la misma (de sus bienes y servicios y de sus leyes) la definen y la dotan de autoridad para su administración.

Ver a l respecto J. ALTHUSISUS, *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, traducción al latín, introducción y notas críticas de P. Mariño, presentación de A. Truyol y Serra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche: contributo alla storia della sistematica del Diritto*, a cura di A Giolitti. Torino, Einaudi, 1974.

Para el estudio de HUGO GROTIUS remitimos a su obra fundamental, *De jure belli ac pacis*, publicada por vez primera en 1625 y de la cual existe traducción al castellano: *Del Derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por J. Torrubiano Ripoll. Madrid, Reus, 1925.

También resultará ilustrativo el cap. VII de la obra de J. NEVILLE FIGGIS, *Studies of Political thought from Gerson to Grotius, 1414 – 1625*, 2ª Éd., Cambridge, 1923.

señala además que si bien con la aparición de la ley escrita dicho consentimiento habría perdido protagonismo en beneficio de la norma jurídica, no obstante y como contrapunto habría seguido jugando un papel de primer orden en el ámbito de las instituciones. Sirva a modo de ejemplo la constatación de que aquello que dota a la institución del Estado de su carácter permanente no es ningún plebiscito cotidiano ni tampoco ninguna Constitución modificable según la mayoría política del momento, sino y precisamente, el consentimiento consuetudinario del pueblo. En esta línea seguirá pronunciándose Hauriou al destacar el vínculo existente entre esas instituciones consuetudinariamente aceptadas por los pueblos y el poder, vínculo en virtud del cual los sujetos del cuerpo social aceptarían el ejercicio del mismo por realizarse en nombre de dichas instituciones²⁶⁹, de tal manera que podría afirmarse que el poder es siempre ejercido en nombre de una institución.

²⁶⁹ El tema del Poder se analiza en profundidad en el siguiente epígrafe.

Con este planteamiento Hauriou intenta en última instancia cumplir uno de los objetivos que se había propuesto y que él mismo define con las siguientes palabras:

*“(...) hacer más evidente la postura clásica, según la cual las civilizaciones son producto de las ideas, y no las ideas producto de las civilizaciones, contrariamente a lo que enseña una sociología que aún no ha comprendido que las civilizaciones deberían constituir el objeto esencial de sus estudios”*²⁷⁰.

Pues bien, continuando con la explicación del aspecto formal del orden social en su dimensión moral, una vez visto el papel desempeñado por el consentimiento consuetudinario, lo siguiente a

²⁷⁰ *“(...) rendre plus évidente la position classique, qui est que les civilisations sont le produit des idées, et non pas les idées le produit des civilisations, contrairement à ce qu’enseigne une sociologie qui n’a pas encore compris que les civilisations devraient constituer l’objet essentiel de ses études”.*

Ver la advertencia a la segunda edición de los *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg. XIV.

destacar es que esas instituciones que vemos aparecer en el orden social van a depender de la mentalidad presente en la mayoría de la población, y que será por tanto a la dimensión moral del orden a la que se apelará para subvertir (por medio de la propaganda) la mentalidad conformista.

Desde esta nueva perspectiva Hauriou vuelve a definir el orden social como sistema animado por un movimiento lento y uniforme que permanece ordenado²⁷¹, es decir, como un sistema cuya forma, que permanece a pesar de las constantes transformaciones de la materia, estaría constituida, primero, por los equilibrios surgidos del continuo renovarse de esa materia, y segundo, por un gobierno. Si nos fijamos bien, esta afirmación coincide con una posible definición de "organismo" que enlazaría directamente con lo que entendemos por "organización social" como condición de la permanencia del orden social (institución). Pues bien, esta "organización social" sería primariamente un fenómeno de orden

²⁷¹ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg. 71.

político antes que económico, el cual hallaría su fundamento en la existencia de un centro director (órganos de gobierno, equilibrios gubernamentales – separación de poderes, consentimiento - institucionalización) que contendría en potencia la forma misma de la organización en nombre de la cual gobierna; lo cual significa, por otra parte, ubicar en el plano formal todo aquello que guarde relación con el concepto de “gobierno” de tal manera que cuando hablamos de *gobierno* nos situamos siempre en el plano *formal*.

Podemos afirmar por tanto que la organización mantiene su forma (permanece) desde que se institucionaliza, y ello lo consigue gracias a la subordinación del poder (político) a la organización, a través de un sistema de equilibrios gubernamentales y mediante el consentimiento. Este fenómeno no es ni más ni menos que el hecho determinante que dará lugar al “Estado”.

Por otra parte, es importante destacar que es esta institucionalización de la que venimos hablando la que permite el desarrollo de las libertades, gracias a la estabilidad que ella misma

genera; porque allí donde el orden aparece indisolublemente ligado a un movimiento lento y uniforme y por tanto estable, allí encuentra la libertad su espacio propio de actuación.

En conclusión, si ponemos en relación todos los elementos que han ido surgiendo a lo largo de este estudio sobre el orden social, podemos afirmar que la organización social es según Hauriou principalmente un fenómeno político antes que económico, y que como tal, es directamente Constitución e incorpora de suyo el poder.

2.3.- EL PODER

El ejercicio del poder, así como el ejercicio de la libertad, hallan según Hauriou su límite en el ejercicio de la autonomía de la voluntad individual, la cual es de todo punto necesaria para el desarrollo de los proyectos o empresas económicas que el orden individualista de las sociedades modernas pone en manos de los

sujetos. Es esta voluntad individual la que crea, mediante actos de la libertad contractual, el contenido o materia consensual del Derecho, de modo que autonomía de la voluntad y principio de responsabilidad subjetiva constituirán la armazón del Derecho privado²⁷².

Teniendo esto en cuenta, no debe olvidarse sin embargo que el gobierno de los grupos humanos, cuyo ejercicio se lleva a cabo mediante la creación de normas de orden y de Derecho, exige también el reconocimiento de una cierta autonomía del poder político, de manera que aquellos que gobiernen puedan ellos mismos crear Derecho. De este modo descubrimos una primera justificación para el derecho de mandar u ordenar, consistente en el consentimiento de los gobernados, justificación que se constituiría entonces en fundamento de toda autoridad, tal como habíamos adelantado en el anterior epígrafe.

²⁷² Este tema es tratado con amplitud en la obra de F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

Ahora bien, es muy importante insistir aquí en que el consentimiento prestado por el pueblo, es decir, por los gobernados, no recae tanto sobre los actos u ordenes del poder, ni siquiera sobre el poder mismo, como sobre la institución política en nombre y por virtud de la cual manda: Corona, Estado u otras. El proceso sería el siguiente: el poder crea una determinada institución que con el tiempo deviene consuetudinaria y sirve de fundamento a la creación de Derecho en nombre de la misma. Podría decirse por tanto que los gobiernos actúan (gobiernan) en nombre de instituciones a las que representan, y que esto es así porque así lo quiere el pueblo en virtud de su especial consentimiento consuetudinario.

2.3.1.- PODER E INSTITUCIÓN

Definamos entonces con mayor precisión el significado del concepto de *institución* como la forma objetiva del orden, mediante cuya creación el poder se autolimita. De esta definición se desprende que el proceso fundacional de la institución consiste en un acto de poder; pero de una clase de poder que dejando lugar a

una determinada forma de consentimiento, y en la medida en que la presión por él ejercida para obtener dicho consentimiento no llega a la violencia, deviene jurídicamente válido. La institución hallaría así su fundamento jurídico en el acto de su fundación, consistente en un acto de poder jurídicamente válido²⁷³.

El poder, por tanto, no se autolimita mediante la elaboración de resoluciones internas (que pueden ir siendo derogadas), sino a través de la creación de instituciones. El secreto del orden constitucional residiría precisamente en esa creación, y por ello las leyes constitucionales nada significarían en cuanto que normas o reglas, sino en cuanto que estatutos orgánicos de instituciones. En

²⁷³ Con este argumento Hauriou se sitúa en una postura radicalmente contraria a la de Rousseau, para quien las instituciones sociales existentes habrían sido fundadas a partir de la fuerza pura y por ello resultaría necesario dotarlas de legitimidad mediante el contrato social a través del libre consentimiento. El error cometido por Rousseau sería el de haber confundido fuerza pura con poder.

Respecto a este tema remitimos al capítulo dedicado a Rousseau.

este sentido Hauriou sostendrá en clara discrepancia con Duguit²⁷⁴, que el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución, y que si bien ésta no carece de un cierto carácter subjetivo apreciable en el fenómeno de la *personificación*, como veremos más adelante, es el elemento objetivo el que verdaderamente subsiste en el corpus de la misma, el cual, “con su idea directriz y su poder organizado, es muy superior en virtud a la regla de Derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas de Derecho, y no las reglas de Derecho las que crean las instituciones”²⁷⁵. Con este planteamiento Hauriou se desmarca de la

²⁷⁴ Nos referimos al planteamiento de L. DUGUIT recogido en su obra *Traité de Droit Constitutionnel*, concretamente en el volumen I de la misma, que lleva por título *La règle de Droit, le problème de l'État*, op. cit.

²⁷⁵ Así lo expone Hauriou en la última página de *La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social)*, op. cit., 1968, pg. 77.

En la misma línea aunque con diferencias, se inscribiría el concepto de *institución* de Santi Romano. Para este autor el derecho no puede referirse solamente a una suma de reglas, antes bien, aludiría a una organización compleja y diferenciada (el Estado) u *ordenamiento* que sería su fuente, de tal manera que las normas representarían ciertamente un objeto o un medio de la actividad del ordenamiento jurídico, pero no constituirían un elemento de su estructura. Así, un cambio en la norma sería más consecuencia que causa de un

concepción material subyacente en las Leyes Constitucionales francesas (imbuidas de connotaciones derivadas de las ideas clásicas de voluntad general y contrato social), aceptando no obstante su estructura formal.

Pues bien, en este contexto teórico se va a producir lo que Hauriou denomina “el equilibrio vivo del Derecho Positivo”²⁷⁶, que se alcanzaría gracias a la conjugación de autonomía de la voluntad individual y autonomía del poder, junto con una también cierta autonomía del orden institucional, pero siempre teniendo en cuenta que un excesivo desarrollo e independencia de ese orden institucional daría al traste con la autonomía de la voluntad y del

cambio en el ordenamiento. Entiende pues Romano que la *institución* no es sino un *ordenamiento jurídico*, y dado que además es esencial a aquella una determinada *estructura social*, entonces existirán tantos ordenamientos jurídicos como formas institucionales de manera que podrían darse junto al Derecho estatal otra clase de ordenamientos jurídicos. Ver S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansón, 1951; hay traducción española de S. Martín-Retortillo, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

²⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg. 6.

poder, rompiéndose así dicho equilibrio vivo. Pues bien, éste ha sido precisamente el error cometido según Hauriou por los sistemas “objetivistas”, a saber: la reducción a la nada de los conceptos de autonomía de la voluntad y autonomía del poder, en beneficio de un rol exagerado concedido al “orden” que provocaría la asfixia de aquel grado de libertad necesario al Derecho positivo para desarrollarse y autolimitarse mediante la creación de instituciones. Los objetivistas, en lógica con lo anterior, al negar toda relevancia a la autonomía de la voluntad y del poder y con ello a la posibilidad de cualquier clase de consentimiento por parte de los gobernados, consideran que no existe justificación alguna para el derecho de gobernar, mandar u ordenar, porque para ellos hablar de un tipo de consentimiento semejante, como hace Hauriou, es hablar en el vacío. En esta línea de pensamiento se situaría Kelsen al sostener el carácter estático del orden objetivo²⁷⁷, en contra del carácter dinámico y evolutivo que Hauriou le concede. Para Kelsen orden

²⁷⁷ Esta cuestión es tratada por H. KELSEN en sus obras *Teoría pura del Derecho*, op.cit., pp.203, 204; así como en la *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 144, 145; a las cuales nos remitimos de modo general.

social equivale a estabilidad social, siendo esta última una forma de lo estático e inamovible, lo cual es considerado por Hauriou como un error al entender la estabilidad como un movimiento de conjunto lento y uniforme que contribuye a la permanencia de un determinado estado general de cosas al que los hombres están habituados, y que les permite gozar de una cierta tranquilidad a la hora de llevar a cabo sus empresas y especulaciones teniendo la seguridad de que no va a acontecer ninguna ruptura brusca que dé al traste con ellas. El ansia de fortuna, de especulación, en resumen, el espíritu de empresa, lleva a los hombres a darse por satisfechos con esta inestable estabilidad, porque esa relativa calma sirve para saciar sus deseos al proporcionarles un suelo seguro a sus cálculos de probabilidad. Aquel movimiento continuo e imparable de transformación (un a modo de *élan vital* bergsoniano o de *voluntad* schopenhaueriana) de lo social, se ve ralentizado y deviene por ello perdurable gracias a las instituciones, que van marcando los puntos de equilibrio gracias a los cuales se hace posible eludir las fracturas sociales que un continuo enfrentamiento entre las fuerzas más

radicales (de cambio) y aquellas otras más reaccionarias (de permanencia) provocaría²⁷⁸.

Como venimos anunciando, desde postulados completamente distintos plantea Kelsen su sistema de Derecho trascendente y estático, a cuya explicación dedicamos un breve espacio:

Dichos postulados serían fundamentalmente tres:

²⁷⁸ El planteamiento institucionalista, y muy particularmente el carácter jurídico de la institución, han sido duramente criticados desde aquellos sectores que sostienen que el derecho no es tanto el ente social como la norma con arreglo a la cual la forma social funciona. En este sector se incluirían, entre otros, G. del VECCHIO, N. BOBBIO o F. BATTAGLIA, cuya bibliografía se recoge al final.

Otra interesante crítica a la teoría de la institución de Hauriou, procedente del sector más purista de la corriente normativista (representada fundamentalmente por la Escuela de Viena con Kelsen a la cabeza, entre los años 1919 y 1932), es aquella fundada en la premisa de que el concepto de institución de Hauriou sería pura mística. Así lo manifiesta el profesor S. BONNECASE, en su artículo *Une nouvelle mystique: la notion d'institution*, recogido en *Revue Générale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, 1931-32; al cual, por otra parte, se refiere C. SCHMITT en su escrito *Los tres tipos de pensamiento jurídico*, recogido en *Le categorie del político: saggi di teoria política*, op. cit., pp. 245 a 275.

- 1) el orden jurídico y estatal es estático
- 2) la creación de ese orden es dinámica
- 3) el plano dinámico está subordinado al estático

Respecto al plano estático habría que señalar lo siguiente:

- El orden jurídico estatal es la expresión de un imperativo categórico de la razón práctica. Utilizando terminología kantiana Kelsen traslada directamente a la sociedad el carácter *trascendental* del orden objetivo, el cual, en tanto que trascendental, se dota de realidad en la medida en que es objeto para un sujeto. De este modo el *sollen* (deber ser) se inserta en el *sein* (ser) a fin de conformarlo al orden²⁷⁹. El imperativo categórico se traduce en un conjunto ordenado de ideas objetivas superiores a las conciencias individuales,

²⁷⁹ Sobre el concepto de *deber ser (sollen)* y su relación con el de *ser (sein)*, ver H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 41 a 43; 141 y ss.

ideas respecto de las cuales a las conciencias sólo les resta formarse conceptos subjetivos que ayuden a su realización práctica.

- El Estado, en tanto que conjunto ordenado de órganos y funciones, se identifica con el Derecho que es también el conjunto ordenado de normas u “ordenamiento jurídico” regulador de aquellos órganos y funciones. La validez del sistema vendría garantizada por la facultad del uso de la fuerza de que goza el poder del Estado, facultad que le confiere su pleno sentido al convertirlo en garante del orden en que él mismo, el Estado, consiste.

- Los individuos, en tanto que personas jurídicas, son también considerados como ordenamientos de normas (diferentes del ordenamiento jurídico del Estado y de los otros individuos), de modo que el sujeto real desaparece para aparecer como representación de un ordenamiento de reglas que a su vez debe obediencia al Estado, desde el momento que el

individuo soporta en forma de obligación la necesidad que emana de la validez del sistema jurídico estatal, a saber, el poder político en su esencia coercitiva. Ahora bien, por el contrario, el individuo no goza de derechos individuales oponibles al Estado, ya que de su condición de ordenamiento de normas en tanto que persona jurídica no se desprende ninguna validez obligatoria (necesitada del uso institucionalizado de la fuerza para su preservación) comparable a la validez necesaria del sistema jurídico estatal.

Desde una cierta perspectiva cabría interpretar que el planteamiento anterior pudiera conducir ni más ni menos que a la negación de la libertad política primero y de las libertades civiles después, y ello confiando en que ambas no fueran en última instancia una y la misma cosa o que no fueran nada en absoluto, *flatus vocis*.

En cuanto al plano dinámico:

Es como decíamos anteriormente el espacio para la creación del Derecho, subordinado al plano estático. Esta subordinación pondría de manifiesto el sometimiento y limitación de las fuentes del Derecho al Derecho trascendente caracterizado en el plano estático. El Derecho positivo (que implica creación de derecho) aparecería subordinado al Derecho trascendente estático, de donde se deduce que por encima de cualquier Constitución positiva habría siempre una Constitución hipotética trascendente. Nos hallamos pues ante la dominación de un imperativo categórico que se identifica con el orden social necesario, lo cual nos lleva a reemplazar el primado de la libertad por el del orden y la autoridad, desde el momento que la libertad aparece como subordinada. Este sería el punto clave que marca la diferencia entre el planteamiento kelseniano y la doctrina del Derecho kantiana²⁸⁰.

²⁸⁰ Para una mejor comprensión del sentido de la comparación entre Kelsen y Kant, remitimos a la parte de este trabajo dedicada a Kant, en la cual se expone ampliamente su concepción del Derecho.

A similares conclusiones va a llegar Duguit con su sistema estático del Derecho objetivo²⁸¹, para cuya construcción toma como punto de partida la noción positivista de un orden social de cosas concebido como la prolongación del orden físico: en un primer momento las normas no emanarían de una fuente precisa, después esta fuente se iría perfilando en torno a la costumbre entendida como el sentir general de la totalidad de las conciencias. Duguit negaría así toda relevancia al poder como fuente del Derecho, prescindiendo del mismo así como del Estado y de toda metafísica. Decimos del sistema de Duguit que es un sistema estático porque al suprimir el poder como fuente del Derecho (olvidando con ello la noción de Hauriou del “poder de derecho” que se ejerce en nombre de una institución aceptada por “todas las conciencias” y que se autolimita objetivamente precisamente por ese su carácter institucional), lo que hace es detener el movimiento jurídico que acompaña al carácter dinámico del proceso de creación del Derecho. El Derecho no podría desarrollarse, según Duguit, sino

²⁸¹ L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel, vol.I: La règle de Droit, le problème de l'État*, op. cit.

dentro de los límites de las normas establecidas por la costumbre; el sistema tiende así hacia la inmovilidad consuetudinaria.

Vemos pues cómo para las doctrinas objetivistas el poder debe ser eliminado como factor jurídico, como potencial creador de Derecho, y cómo el primado del orden viene a sustituir al de la libertad.

A continuación se analizará en profundidad la “doctrina del poder” de M. Hauriou anteriormente mencionada²⁸².

2.3.2.- LA DOCTRINA DEL PODER: PODER Y DERECHO BAJO LA III REPÚBLICA. EL “PODER DE DERECHO”: PODER MAYORITARIO Y PODER MINORITARIO.

Parte el autor de una definición del poder como “libre energía de la voluntad humana”²⁸³, para convenir que esa libertad, predicada

²⁸² M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pp. 14 y ss.

respecto del poder, aparece nítidamente en el concepto de soberanía cuya significación última consiste precisamente en tratarse de un poder autónomo que no admite injerencias.

Por otra parte, si partimos del hecho cierto de que el poder presupone la existencia de un grupo cuyo gobierno deviene su objetivo, hemos de estar precavidos contra el error de pensar que este objetivo sirva de medida y explicación última de la existencia del poder, porque antes bien, el poder buscará la formación de ese grupo y su ampliación, bien mediante la conquista exterior, bien mediante la organización y reglamentación de las relaciones sociales internas; y en la medida en que el poder responde en su actuación a estos fines puede afirmarse que tiene “espíritu de empresa”, lo cual es importante considerar para no cometer la

²⁸³ Al respecto, es importante precisar que el concepto de voluntad aquí utilizado por Hauriou halla su fundamento en un principio de objetividad derivado de su especial vinculación al fenómeno de la institución como forma objetiva del orden, lo cual nos obligaría a hablar de una voluntad humana “objetivada” que se aparta radicalmente de la concepción kantiana de la voluntad individual.

equivocación de creer que el poder emana directamente del medio social por el mero hecho de existir un grupo que constituye su elemento material, ya que el medio social por sí sólo no genera iniciativa alguna sino que ésta procede siempre de los individuos, y en última instancia, del equipo de gobernantes que acometa la empresa de gobernar.

Otro dato importante a destacar en este contexto y en buena lógica con lo planteado anteriormente respecto a la voluntad humana, es que el poder contendría en sí mismo un germen de “orden” en potencia que tendería a actuarse y sin el cual no sería capaz de subsistir, porque los individuos, en tanto que libres, no obedecerían voluntariamente sino a aquellos mandatos que les parecieran conformes a un cierto estado de cosas que, cuando menos, debería estar próximo a aquel contemplado por el Derecho natural. Por tanto, todo Derecho positivo de nueva creación habría de ajustarse a este principio para subsistir y esto tendrá que tenerlo muy en cuenta el Gobierno si es que no quiere empujar a sus gobernados a una revolución segura.

La vinculación así defendida por Hauriou entre Derecho natural y Derecho positivo, constituyó en el plano histórico uno de los grandes caballos de batalla de la III República francesa que se tradujo en el debate acerca de la consideración o el rechazo del valor constitucional de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y en última instancia, de la validez o no del control de constitucionalidad de las leyes y la existencia o no de un Tribunal Constitucional encargado de juzgar la conformidad de las leyes parlamentarias a determinados principios superiores.

En este contexto histórico hay que destacar que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, no obstante su consideración como componente esencial del patrimonio republicano, no aparece de hecho recogida de manera expresa en las leyes constitucionales francesas de 1875, lo cual es debido sin duda a que una tal consagración jurídica habría significado concederle un valor constitucional superior que conllevaría el establecimiento de límites al legislador y la negación del principio de supremacía

parlamentaria, el cual, fundado en la construcción ciudadana del orden social y político a partir de leyes elaboradas por un Parlamento legítimo elegido libremente por sufragio universal, constituía uno de los pilares básicos del concepto mismo de República. Siendo así, resultaba en principio inaceptable cualquier otra clase de jerarquía jurídica que pretendiese establecer ciertas normas por encima de las leyes, consideradas expresión de la voluntad legítima de los ciudadanos representada en el Parlamento.

En defensa de este argumento se pronuncia, entre otros Carré de Malberg, para quien el Parlamento y los parlamentarios constituirían el único Tribunal posible para evaluar la constitucionalidad de las leyes, negando toda relevancia al Derecho natural²⁸⁴. Sin embargo, no van a faltar voces discordantes, entre ellas precisamente la de Hauriou, quien defenderá la superioridad de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano respecto al legislador ordinario que quedaría así sometido de modo

²⁸⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi: expresión de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, op. cit.

expreso a la misma, aun cuando ésta no apareciese recogida de manera explícita en los textos legales de 1875.

Esta falta de acuerdo entre los juristas es recogida con particular interés y gran claridad por M. Morabito y D. Bourmaud que lo expresan así:

*“Los juristas se van a dividir respecto a la cuestión. Algunos, como Duguit y Hauriou y aunque por caminos diferentes, van a llegar a la conclusión de que la Declaración se impone al legislador, aunque ello no figure en los textos de 1875. Otros, por el contrario, en la línea de Carré de Malberg, niegan la conveniencia de la noción de derecho natural”*²⁸⁵.

²⁸⁵ *“Les juristes vont se diviser sur la question. Certains, tels Duguit et Hauriou vont, avec des cheminements différents, aboutir à la conclusion que la Déclaration s’impose au législateur, bien que ne figurant pas dans les textes de 1875. D’autres au contraire, à l’image de Carré de Malberg, nient la pertinence de la notion de droit naturel”*. M. MORABITO et D. BURMAUD,

La interpretación histórica dada por estos autores gira en torno a la consideración del debate como expresión de un cierto malestar generado por la percepción premonitoria del riesgo que podía suponer, en un momento dado, concederle omnipotencia absoluta al Parlamento. Finalmente, la tradición republicana, bajo los auspicios de la III República resolverá el conflicto con el argumento de que en realidad, de lo que se trata es de distinguir entre dos ordenes que, sin ser opuestos, se sitúan en planos diferentes, a saber: el del Derecho positivo y el de la Moral. En el primero, el del Derecho positivo, nada puede suponer un obstáculo a la ley de origen parlamentario en virtud del principio de soberanía; el único origen posible del Derecho positivo sería el Parlamento que le confiere su legitimidad. En el otro plano, el de la moral, es donde debe inscribirse la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano dado su carácter de compendio de valores racionalmente constituidos. La Declaración sería la expresión misma de la Razón,

Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789–1958), op. cit., pg. 302.

y como tal, se le reprocha haber sido objeto de sacralización por parte de algunos filósofos. Se entiende que la pretensión de inscribirla dentro del Derecho positivo equivaldría a despojarla de su carácter específico de solemnidad. Por el contrario, siendo la Declaración la expresión de una moral positivista, correspondería a cada uno hacerla suya mediante el trabajo intelectual y la educación, pero nunca mediante la imposición.

Estos dos ordenes así descritos, el del Derecho positivo y el de la Moral, constituirían las dos caras de la política republicana: una constituida por la cuestión de la organización del poder que se acaba institucionalizando en la omnipotencia del Parlamento, y la otra integrada por convicciones de carácter moral y espiritual. Ambas facetas hallaríanse en total dependencia la una respecto de la otra necesiándose mutuamente, y la tradición republicana sería precisamente la síntesis de ambas. Finalmente, la Historia de la III República constituirá el intento de poner a las dos en escena.

Veamos a continuación el análisis realizado por Hauriou sobre el concepto de “poder de derecho” y en base a qué principios lo distingue del poder de hecho:

Según la doctrina tradicional, el poder de derecho sería un poder institucional, objeto de construcción jurídica, y aceptado en virtud de un consentimiento consuetudinario que constituiría el fundamento de su facultad de mando en tiempos de paz. El ejercicio de este poder sería consentido sólo en la medida en que lo fuera la institución en nombre y por virtud de la cual actúa. Se trataría pues de un consentimiento directo respecto de la institución e indirecto respecto del poder; el poder sería aceptado en calidad de representante de la institución fundamental (Corona, Reino, Estado, Nación, etc).

Esta clase de poder representativo conllevaría una serie de ventajas políticas, a saber:

1. Su carácter estable y perdurable así como el de la institución a la que representa, en la medida en que ambos responden a la realización de un determinado proyecto social. Por ejemplo, el proyecto de la Corona podría ser la creación de un Reino mediante la conquista, para lo cual necesitaría que el poder del Rey se prolongase durante el tiempo preciso y ello sólo lo conseguiría mediante su transmisión hereditaria.
2. Que al ser ejercido dicho poder con vistas a la realización de un proyecto o empresa, quedando pues sometido al cumplimiento de un deber y a la asunción de una responsabilidad, se cerraría el paso a cualquier tentativa de personalización en el ejercicio del mismo.

En definitiva, podemos concluir que en la medida en que el poder es aceptado en calidad de representante de una institución fundamental (Estado, Corona, Nación, etc), su construcción jurídica conduce necesariamente al régimen representativo, ya que el único poder susceptible de ser aceptado directamente sin mediación

alguna es el poder personal. Llegados a este punto y ciñéndonos al ámbito del poder de derecho, la pregunta que a continuación se plantea es la de quién, qué persona o personas tienen el derecho de gobernar. Se trataría de una cuestión clave porque si lo que se pretende es alcanzar una sociedad estable y sin luchas intestinas, la elección de los gobernantes habrá de tratarse como una cuestión de derecho (no de hecho), planteándose así la necesidad de crear un vínculo jurídico entre el poder personal del gobernante y la institución en nombre de la cual gobierna en virtud de su aceptación por el grupo. El resultado es la designación de los gobernantes a través de mecanismos jurídicos derivados de instituciones, de modo que, si se trata de la institución de la Corona tendremos transmisión familiar hereditaria, y si se trata de la institución del Estado democrático habrá elecciones generales.

Ahora bien, una vez designados o elegidos los gobernantes según los diferentes mecanismos jurídicos, una nueva cuestión se plantearía: dado que ninguna persona detenta personalmente el poder sino que se trata de una especie de depositario del mismo

para el cumplimiento de un deber, y dado que no pueden existir diversos poderes ni mucho menos tantos como personas porque el poder es uno y continuo, éste debe pasar de un depositario a otro según lo dispuesto en las normas estatutarias de la institución de que se trate, antes que según los deseos de la voluntad del gobernante. A esta transmisión del poder conforme a normas orgánicas estatutarias se le denomina principio de legitimidad y, de manera impropia, decimos que este poder así transmitido sucesivas veces, existe en virtud de una ley orgánica, cuando en realidad debe su existencia al consentimiento del grupo a la institución a la que representa, respecto de la cual, tal ley orgánica de transmisión no es más que una consecuencia práctica. Pensar que el poder legítimo es aquel que existe en virtud de una ley es lo que Hauriou denomina error de la *lex regia*²⁸⁶. Puede concluirse por tanto, que el poder de derecho no nace de la ley sino que la ley nace del poder de derecho; el poder es así anterior a la ley.

²⁸⁶ Una explicación amplia de esta cuestión la encontramos en la nota a pié de página nº 9 en M HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg. 21

Resumiendo lo expuesto y de acuerdo con la doctrina clásica podemos concluir:

- Que el poder de derecho se legitima en su carácter de representante de una institución, y presumimos que sus mandatos son igualmente legítimos y por tanto ejecutables.
- Que la legitimidad reside en el consentimiento, el cual se presta directamente a la institución e indirectamente al poder de derecho que nace de la aceptación de ésta.

Ese carácter indirecto del consentimiento al poder va a permitir que, sin menoscabo de la legitimidad originaria, exista un espacio para la discusión siempre que los mandatos no resulten conformes a los principios rectores de la institución a la que el poder representa, o siempre que no hayan sido realizados conforme al procedimiento estipulado. Podrían darse por tanto irregularidades de fondo o de forma sin que por ello el poder de derecho vea su legitimidad mermada, ya que en tales supuestos, los actos o mandatos en

cuestión serían calificados como carentes de validez jurídica. De aquí se desprende que la presunción de validez de los actos y mandatos del poder es precisamente eso, una mera presunción, susceptible incluso de ser atacada; pero que basta para liberar al poder de la carga de la prueba en caso de desacuerdo, lo cual le permite cierta comodidad a la hora de actuar.

En este contexto de la presunción de validez jurídica de los actos del poder, debe inscribirse la siguiente afirmación que resulta capital por sus consecuencias respecto al principio de autoridad, a saber, que la invalidez de las decisiones particulares y reglamentos administrativos resulta de la no conformidad de dichos actos a la legalidad existente, mientras que la invalidez de las leyes es consecuencia de su no conformidad a la supralegalidad constitucional²⁸⁷.

²⁸⁷ Para un estudio detallado de la potestad reglamentaria, así como de los cambios acaecidos en el procedimiento contencioso – administrativo consultar las obras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Civitas, 1998; *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992; además del Tomo I del manual

Es importante insistir en que la mencionada presunción de validez jurídica, junto con el carácter provisional ejecutorio de los actos y mandatos del poder de derecho, son los dos elementos constitutivos del principio de autoridad, al cual va asociado el concepto de competencia junto con el que constituye eso que Hauriou denomina *poder minoritario*. Veamos esto detenidamente punto por punto:

- Se parte de la afirmación de que el poder de derecho se compone de dos elementos:
 - a) Autoridad – Competencia
 - b) Poder (voluntad) de dominio que implica empleo de la fuerza.

- El primer elemento, autoridad – competencia, conformaría en los Estados contemporáneos el *poder minoritario*, residente

elaborado junto a T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vol., Madrid, Civitas, 2002.

en las instituciones de gobierno y en su personal funcional, y por ello considerado un poder de *élite*.

- El segundo elemento, poder de dominio, daría lugar al *poder mayoritario o soberanía nacional*, residente en el personal político emergente del sufragio, y considerado pues como un poder de masa.

- Desde el punto de vista práctico de la acción de gobierno, para que el poder de derecho sea ejercido según la razón y la justicia, es preciso que el poder de dominio se halle subordinado al principio de autoridad – competencia, a fin de hacer primar el elemento jurídico sobre la voluntad de dominio.

En este entramado, la misión del poder mayoritario sería la de participación y control de la acción de gobierno. Ahora bien, debe quedar claro que desde el punto de vista de, por así decirlo, la “propiedad” del poder, es decir, de la

soberanía nacional, es el poder mayoritario el que representa directamente a la nación, a la que se atribuye la “propiedad” de las instituciones gubernamentales. Desde esta perspectiva se observa una inversión de los términos de la jerarquía, situándose el poder mayoritario por encima del minoritario que pasaría entonces a ocupar un segundo plano. Pues bien, de cómo se relacionen entre sí ambas dimensiones y por consiguiente ambos principios de jerarquía, dependerá el equilibrio fundamental de la libertad política moderna.

- Las leyes constitucionales se relacionarían por su naturaleza con el principio de preeminencia del poder institucional sobre el del personal político, eso sí, con la participación y bajo el control del poder mayoritario. Todas las atribuciones previstas en dichas leyes lo serían respecto de las instituciones a que se refieren, no respecto de los hombres que las encarnan, haciéndose primar una vez más el elemento de la competencia – autoridad sobre la voluntad de dominio

que, como hemos dicho, debe limitarse a funciones de participación y control.

- Si comparamos los poderes públicos por la dosis del elemento competencia – autoridad que contienen, tendríamos en primer lugar al poder ejecutivo que es el poder minoritario por antonomasia en base a la sólida jerarquía de sus instituciones y al conjunto de su personal funcional; en segundo lugar estaría el poder legislativo parlamentario, que es fundamentalmente poder de dominación de origen electivo y por tanto poder mayoritario²⁸⁸. En el poder ejecutivo residiría la verdadera autoridad y el poder de gobierno, en el poder legislativo hallaríamos la facultad de control. No obstante, es importante matizar que dentro del mismo poder legislativo, y más concretamente dentro de los Parlamentos que trabajan a través de Comisiones permanentes, éstas suponen la especialización y funcionalización de las personas

²⁸⁸ Para profundizar en el concepto de poder de dominación, ver M . HAURIOU *Principes de Droit Public*, op. cit., pp. 17 y ss.

que en ellas trabajan, convirtiéndose así en depositarias de una buena dosis de verdadera autoridad y viéndose reducido el papel de la Asamblea pública plenaria al ejercicio de funciones de control sobre dichas Comisiones. Se trataría en definitiva de una especie de desdoblamiento de la dicotomía poder minoritario – poder de gobierno *versus* poder mayoritario – poder de dominio, en la propia sede del poder mayoritario²⁸⁹.

Dada la estrecha vinculación existente entre la distinción conceptual poder mayoritario-poder minoritario y el principio de representación (directamente relacionado con el contenido formal y material de la libertad política), nos ocupamos a continuación del análisis de dichos conceptos y de las relaciones que se establecen entre ellos.

²⁸⁹ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp. 25 a 29.

2.4.- LIBERTAD POLÍTICA Y REPRESENTACIÓN

El concepto de libertad política hace alusión principalmente a la participación más o menos directa de los ciudadanos en el gobierno, y particularmente en la confección de la ley²⁹⁰.

²⁹⁰ Existen innumerables obras acerca de los conceptos de libertad política y gobierno representativo. Aquí señalamos algunas particularmente destacadas, y especialmente aquellas, entre otras, utilizadas por Hauriou en sus estudios: J. BARTHÉLEMY, *L'Introduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1904; J. STUART MILL, *Le gouvernement représentatif; traduit et précédé d'une introduction par M. Dupont White*, Paris, Guillaumin, 1862; hay traducción española de M. C. C. de Iturbe *De la libertad; Del gobierno representativo; La esclavitud femenina; introducción de P. Lucas Verdú*; Madrid, Tecnos, 1965; H. J. LASKI, *A grammar of politics*, London, George Allen & Unwin Ltd., 1967; hay traducción española de T. González García, *La gramática de la política: el Estado moderno*, Granada, Comares, 2002; B. CONSTANT, *De la liberté chez les modernes: écrits politiques*, Paris, Hachette, D. L. 1989; P. DUCLOS, *L'évolution des rapports politiques depuis 1750; préface de B. Mirkin Guetzevich et M. Prelot*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950; H. F. PITKIN, *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, D. L., 1985; G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, Giuffré, 1989; *ID.*, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Centro de estudios políticos, 1971; P. de VEGA., *En torno a la crisis de las ideas de representación y de legitimidad en*

Utilizando terminología de Hauriou, hay que señalar además que en los sistemas representativos las cámaras legislativas son el resultado de la combinación de poder minoritario (el de la institución) por un lado, y poder mayoritario (el de los representantes elegidos por el pueblo) por otro, resultando del equilibrio entre ambos la fuerza y armonía del Estado.

En este contexto teórico el fundamento de la libertad política se hace descansar en el equilibrio entre gobierno del Estado y comunidad nacional, equilibrio que se da en el momento mismo de constitución del Estado²⁹¹. Esto significa, entre otras cosas, que no debe buscarse el origen del fundamento de la libertad política en eventuales procesos revolucionarios inspirados en su consecución,

la democracia actual, Bogotá, Universidad Externa de Colombia, 1996; M. M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello stato*, Padova, CEDAM, 2000; D. FISICHELLA (antología a cura di), *La rappresentanza politica*, Milano, Giuffré, 1983.

²⁹¹ Ver sobre este tema, M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, op. cit., pp. 595 a 605.

porque tales procesos deben considerarse en todo caso sucesos históricos accidentales.

La legitimación de la libertad política va a residir en la defensa de las libertades civiles de la comunidad nacional. Ahora bien, advierte Hauriou que tal defensa debe realizarse teniendo en cuenta que mientras la independencia del poder minoritario del gobierno es necesaria a la hora de tomar decisiones, la participación del poder mayoritario debe ser sin embargo la excepción:

“La independencia del poder minoritario del gobierno debe constituir la regla y la participación del poder mayoritario debe ser la excepción, lo cual conduce a pensar que la iniciativa a la hora de tomar decisiones debe corresponder al poder minoritario. Sin esta necesaria limitación de la libertad política y si la iniciativa pasase a

*las Asambleas impregnadas de poder mayoritario, el Estado desaparecería rápidamente”*²⁹².

La razón es que la libertad política, al contrario que el poder minoritario, es descentralizadora, y si no se hallara limitada, su exceso conduciría a la anarquía y disolución final del Estado. Así se justifica que las cámaras representativas deban controlar al ejecutivo, pero que éste disponga de la iniciativa para tomar decisiones. Por tanto, el poder mayoritario debe hallarse subordinado al minoritario. Esto puede hacernos dudar respecto al contenido exacto del concepto de soberanía popular. Sólo cabe una respuesta al respecto, a saber, que dicho contenido se concreta en el hecho de que siendo “mandato” y “obediencia” conceptos alternativos, el ciudadano manda y obedece alternativamente;

²⁹² “*L’indépendance du pouvoir minoritaire du gouvernement doit demeurer la règle et la participation du pouvoir majoritaire doit être l’exception, ce qui conduit à penser que l’initiative des décisions à prendre doit demeurer au pouvoir minoritaire. Sans cette limitation nécessaire de la liberté politique et si les initiatives passaient aux assemblées imprégnées de pouvoir majoritaire, l’Etat se dissoudrait bien vite (...)*”. M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp. 137.

manda cuando elige a sus representantes en la votación y luego obedece. Este ritmo alternativo constituiría pues la condición necesaria para la libertad democrática en los sistemas representativos.

En este sentido, y partiendo de la concepción del poder minoritario como el poder de las instituciones, se concluye que las democracias representativas serían algo así como “aristocracias de instituciones”, y que la "soberanía del pueblo" se reconduciría en ellas a la "soberanía de las instituciones", de la cual participaría el ciudadano particular que se reconoce parte de la "universalidad de ciudadanos" mediante la figura del sufragio universal como derecho inalienable en el cual confluyen principios de libertad e igualdad (ante la ley). Mediante este proceso, el individuo concreto que constituye el poder mayoritario, colabora con el poder minoritario (de las instituciones), y de este modo lo controla y asegura la libertad política.

Por tanto, y a modo de resumen, puede decirse que el concepto de “gobierno representativo” responde cuando menos a dos significados que se yuxtaponen, a saber:

- a) Gobierno de las instituciones representativas, cuyo fundamento hay que buscarlo en un hecho de carácter constituyente no electivo.

- b) Gobierno de los representantes elegidos, cuyo fundamento reside ciertamente en el hecho de la elección, y que presupone un régimen electoral basado no tanto en el concepto de “representación” (de carácter institucional), como en las ideas de “libertad política” y “soberanía popular”.

La elección de los representantes no tendría ningún valor en sí misma, sino que se trataría de un mero procedimiento empírico para designar a los representantes del pueblo. En este sentido, es importante destacar que el hecho de la elección no implica

transferencia alguna de competencia para gobernar del elector al elegido, porque entre otras cosas y como se verá más adelante, el pueblo no puede transferir algo de lo que no goza. No es pues este el objeto de la elección, sino el hecho de que el elegido quede bajo el control del poder mayoritario en nombre de la soberanía nacional, hecho tan importante que en los modernos sistemas representativos ha llevado a hablar de un “poder electoral” que se situaría junto al ejecutivo y al legislativo²⁹³.

Por otra parte, el régimen electoral, además de servir a la elección de representantes, canalizando de este modo la libertad política, aporta a la organización dos elementos claves en todo gobierno representativo, a saber: la confianza de los sujetos y la

²⁹³ Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di L. Ciaurro e C. Forte, Torino, G. Giappichelli, cop., 1994; G. B. POWELL, *Elections as instruments of democracy: majoritarian and proportional visions*, New Haven, Yale University, 2000; J. M. COTTERET, *Gouvernants et gouvernés: la communication politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973.

opinión pública²⁹⁴. En tanto que el primero enlaza y da sentido al consentimiento, base del poder; el segundo se relaciona directamente con la idea de representación, desde el momento que el gobierno (representativo) debe inspirarse para gobernar en la opinión del país. No obstante, para que esta opinión pública juegue un papel real deberá estar mínimamente organizada, ya que de no ser así (y teniendo en cuenta que de suyo no constituye un elemento esencial del gobierno representativo) degeneraría en el caos, dando lugar a un gobierno “representativo” encerrado en sus propios engranajes de poder y desvinculado de sus propios representados.

Respecto a la relación entre los conceptos de “gobierno representativo” y “soberanía nacional”²⁹⁵, debe hacerse la siguiente reflexión: como hemos explicado anteriormente, hablar de soberanía nacional en sentido moderno equivale ciertamente a

²⁹⁴ Para el estudio de la opinión pública en su dimensión legislativa, Hauriou presta especial atención a la obra de A. V. DICEY, *Lectures on the relation between law & public opinion in England during the nineteenth century, with a preface by E. C. S. Wade*, London, MacMillan and Co., 1962.

²⁹⁵ Ver M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, op. cit., pp. 607 y ss.

hablar de voluntad de dominio y de “propiedad” del poder o, en otros términos, de poder mayoritario. En tanto que poder de dominio, la soberanía nacional engloba otras dos modalidades, a saber, el poder de control y participación, y el poder constituyente que en sentido amplio consiste en el derecho de disposición del poder y alude directamente a la “propiedad” del mismo²⁹⁶. Pues bien, como hemos visto, no es lo mismo “poseer” el poder que ejercerlo: lo segundo pertenece al mundo de las instituciones y cae dentro del ámbito del poder minoritario. Esta distinción entre propiedad y ejercicio, poder mayoritario y poder minoritario, entronca con la distinción entre poder constituyente y poder constituido, poniendo de manifiesto que ni siquiera el poder constituyente se hallaría completamente en manos del pueblo ya que aunque éste goce de su propiedad no tiene la capacidad

²⁹⁶ Sobre la problemática del poder constituyente, se pueden consultar los siguientes estudios de M. DOGLIANI, *Il potere costituente*, Torino, Giappichelli, 1986; *ID.*, *Costituente (potere)*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV edizione, Torino, Utet, 1990; *ID.*, *Potere costituente e potere costituito*, en *Alternative*, n° 4, 1996; *ID.*, *L’evocazione del potere costituente*, en *Il Ponte*, n° 6, 1996.

necesaria para tomar iniciativas y por tanto para ejercerlo, como no sea vía referéndum. En este sentido debe decirse que el gobierno representativo conduce indirectamente a la soberanía nacional, como consecuencia del desplazamiento de poder al cuerpo electoral operado en virtud del régimen electoral²⁹⁷.

Es importante insistir en que, como se ha apuntado más arriba, del hecho de que el pueblo sea el depositario de la soberanía no debe extraerse que éste pueda delegar su ejercicio en el personal gubernamental vía electoral, porque en todo caso, lo que el pueblo delega son formas de volición conformadoras de las instituciones representativas vía constitucional (de aquí la redacción de Constituciones formales para los Estados a las que se llamará

²⁹⁷ Para profundizar sobre esta cuestión, puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei*, en *Idee di rappresentanza e sistemi elettorali in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di P. L. Ballini, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Venecia, 1997; P. DE VEGA, *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1998.

Constituciones nacionales, cuya característica principal es la de consistir en un conjunto de estatutos corporativos). Esto es así porque lo único que el pueblo puede delegar es el poder de gobernar del que es “propietario” de modo genérico, pero no puede delegar lo que se gobierna ya que ello forma parte del contenido de las voluntades individuales de los gobernantes que mientras actúan dentro de su competencia reciben el apoyo y la confianza del pueblo. Sólo de este modo se puede garantizar el orden necesario para que la empresa estatal funcione ya que, si subordinásemos el poder al cuerpo electoral, que como poder mayoritario por excelencia es incapaz de tomar iniciativas si no es vía control y participación, nos encontraríamos en el caos más absoluto.

Tenemos por tanto un poder mayoritario que emana del pueblo y un poder minoritario que no, y que consiste en un capital de competencias impersonales acumulado en las instituciones, que se ha ido generando a lo largo del tiempo con la práctica

gubernamental²⁹⁸. Este poder minoritario va a pasar progresivamente a ser propiedad de la nación (a nacionalizarse) en virtud de la idea de representación y del progreso del régimen representativo, así como de la creación de un espacio público de conocimiento y control de las instituciones. Esta nacionalización será objeto de perfeccionamiento mediante la ley, pero su realización es siempre anterior a la misma en forma de fenómeno consuetudinario y por ello, insistimos, no debemos decir nunca que la ley “confiere” tal o tal atribución sino que la ley “reconoce” tal o tal atribución.

En todo caso, este proceso de nacionalización opera sobre la materia inerte del poder minoritario de las instituciones pero no sobre dicho poder en acción, es decir, no sobre la autonomía de la voluntad del personal gubernamental. Esto no significa sin embargo que el poder discrecional del personal humano sea absoluto ya que, según lo entiende Hauriou, ningún poder público puede ser ejercido

²⁹⁸ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pp. 174 y ss.

si no figura entre las atribuciones legales de una función organizada y además, no se sabría ejercer sino por un agente adecuado ocupando regularmente un puesto adecuado legalmente creado²⁹⁹, lo cual significa que cualquier poder público se refiere siempre a una función organizada que en última instancia pertenece a la nación. De este modo llegamos a la idea de una autonomía de la voluntad que si bien es fuertemente controlada, no deja paso a la idea de mandato imperativo³⁰⁰, lo cual se aprecia claramente en el proceso electoral, desde el momento que son los partidos políticos y no los electores quienes dirigen toda la operación electoral; son ellos los que eligen los candidatos sobre los que los electores no hacen sino dar su consentimiento y estos candidatos elegidos e investidos como representantes del pueblo son desde luego gestores

²⁹⁹ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pg. 184.

³⁰⁰ Sobre la discutida cuestión de la naturaleza del mandato, ver A. ESMEIN et H. NEZARD, *Éléments de droit constitutionnel française et comparé. Tom. I: La liberté moderne, principes et institutions*, Paris, Sirey, 1927.

de asuntos autónomos a los que el pueblo lo único que hace es controlar pero no mandar³⁰¹.

Para paliar esta falta de iniciativa del cuerpo electoral, los electores centran y dirigen sus aspiraciones políticas a los comicios locales y municipales donde se reconocen realmente competentes para dar sus opiniones y donde toman conciencia de su soberanía independientemente de las maniobras de los partidos políticos³⁰².

³⁰¹ Sobre partidos políticos, ver, entre otros: P. de VEGA (edición a cargo de), *Teoría y práctica de los partidos políticos*, op. cit.; R. MORODO y P. LUCAS MURILLOS DE LA CUEVA, *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, op. cit.; A. BERGARECHE, *Partidos políticos y Constitución material*, op. cit.; A. LIJPHART, *Electoral systems and party systems*, Oxford, Oxford University Press, 1994; M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1969; K. von BEYME, *Los partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España, 1986; K. LENK y F. NEUMANN (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, traducción española de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, D.L., 1980; G. SARTORI, *Partidos y sistemas de partidos: marco para un análisis*, versión española de F. Santos Fontanela, Madrid, Alianza, 1994.

³⁰² Muchos autores se han ocupado de la administración local en este sentido, cabe señalar: P. ASHLEY, *Le pouvoir central et les pouvoirs locaux: Angleterre, France, Prusse, États-Unis*, traduit de l'anglais avec une préface

Lo que ocurre es que de este modo se entra en un proceso descentralizador de la política interna generado por la necesidad de plenitud del poder mayoritario de la soberanía nacional, que puede dar al traste con el sistema democrático, si no fuera porque desde la perspectiva de la ejecución de las decisiones se sigue adjudicando la tutela el gobierno central. Esta última afirmación hace pensar acerca de la debilidad del gobierno asambleario, y por tanto también acerca del carácter ficticio del parlamentarismo.

2.4.1.- LIBERTAD POLÍTICA, ORGANIZACIÓN Y GOBIERNO REPRESENTATIVO. EL ESTADO COMO PERSONA MORAL

Si partimos ahora del hecho de que es condición de la libertad para el ciudadano vivir en una sociedad organizada, se concluye

de l'auteur par L. Martín, Paris, Marcel Girad, 1920; E. GARCÍA de ENTERRÍA, Revolución francesa y Administración contemporánea: la formación del sistema municipal francés contemporáneo, Madrid, Taurus, 1981; T. R. VILLASANTE, Las democracias participativas: de la participación ciudadana a las alternativas de sociedad, Madrid, Hoac, 1995.

que la libertad política es lógicamente libertad organizada³⁰³. Consecuentemente, es preciso acometer esta tarea de organización que deberá llevarse a cabo en el seno de un cuerpo ordenado que en el caso de la libertad política lo constituye el Estado. Pues bien, este fenómeno de carácter simplemente organizativo en principio, va a determinar según Hauriou la personificación moral del Estado³⁰⁴, entendiendo por persona moral aquel “cuerpo constituido en cuyo interior se manifiesta una actividad moral” (a saber, la organización de la libertad)³⁰⁵. Desarrollemos esta afirmación:

Como cuerpo ordenado, el Estado se estructura en órganos que lo representan y que representan por tanto al grupo soberano a cuyo

³⁰³ Sobre los conceptos de libertad y organización en sentido amplio, ver: J. L. LÓPEZ ARANGUREN (et al.), *Libertad y organización*, Madrid, Insula, 1963; B. RUSSEL, *Libertad y organización. 1814 - 1914*, traducción española de León Felipe, Madrid, Espasa Calpe, 1970; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà: Storia del Costituzionalismo moderno*, Torino, UTET Librería, cop., 1976, entre otros.

³⁰⁴ Ver al respecto la obra de C. RUÍZ DEL CASTILLO, *Un schéma de la Doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridique-psychologique d'Hauriou*, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929.

³⁰⁵ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pg. 202.

control se hallan sometidos. Pero además de un sistema de órganos en el que, por otra parte, cada órgano representa el todo; este cuerpo ordenado en que consiste el Estado es una individualidad espiritual definida por sus estatutos en la Constitución, que precisa y controla los poderes de sus órganos de cara al que es su elemento fundacional, a saber, el ciudadano con sus libertades.

Tenemos por tanto un cuerpo constituido que es el Estado cuya actividad moral consiste en la organización de la libertad, que se concreta en “la organización formal de la responsabilidad política de los órganos de gobierno de cara a los miembros del grupo”. Esta actividad moral organizativa que como vemos se manifiesta bajo la forma de responsabilidad, caracteriza y culmina el fenómeno de la personificación moral del Estado, cuyo detonante es, insistimos, la articulación práctica del desarrollo de las libertades públicas³⁰⁶.

³⁰⁶ Un estudio particularmente interesante sobre el concepto de personalidad moral en Hauriou lo constituye el siguiente artículo de A. DUFOUR: *La conception de la personnalité morale dans la pensée de M. Hauriou et ses fondements philosophiques*, recogido en la publicación periódica *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, op. cit., nº 11/12,

Otro dato especialmente importante en este contexto es que este cuerpo (Estado) así constituido como persona moral, sería entonces una "institución social y moral", mientras que como persona jurídica sería sólo una "institución jurídica" consistente en meros medios técnicos destinados a adaptar a las exigencias del Derecho el ser moral de las instituciones sociales, a fin de conformar y estabilizar los derechos y libertades subjetivas. Podría decirse que como persona jurídica el Estado sería “una construcción artificial que se desliza en la persona moral”, y así lo expresa Hauriou sirviéndose de la comparación con la personalidad jurídica del hombre:

Tomo II, 1982/83, pp. 667 a 685. En este mismo número de los *Quaderni fiorentini* aparece un artículo de E. PISIER – KOUCHNER acerca de la idea de persona moral en Duguit: *La notion de personne morale dans l'oeuvre de Leon Duguit*, cuya lectura en clave comparativa respecto al anterior resulta de gran interés.

De los problemas de la “personalidad moral” y de la “personificación” en el sentido ahora utilizado, se ocupa Hauriou principalmente además de en *Précis de Droit Constitutionnel*, cuyas páginas venimos citando detalladamente, en *Précis de Droit Administratif*, 11ª Ed., Paris, Sirey, 1927, pp. 286 y ss; y en *Principes de Droit Public*, op. cit., pp. 266 a 285.

“La personalidad jurídica no es sino una máscara (persona) colocada sobre la personalidad moral, máscara cuya principal utilidad consiste en fijar en una cierta actitud la fisonomía moral del hombre que, en la realidad, resulta demasiado cambiante, ondulante y diferente para servir de base a los derechos subjetivos esencialmente estables. Ella es, si se quiere, una estilización de la personalidad moral en la cual se desliza, como en toda obra de arte, algo de artificio. Pero toda persona moral tiene derecho a ser así estilizada como persona jurídica, tanto la persona moral institución social, como la persona moral individuo humano”³⁰⁷.

³⁰⁷ *“La personnalité juridique n’est qu’un masque (persona) posé sur la personnalité morale, masque dont la principale utilité est de fixer en une certaine attitude la physionomie morale de l’homme qui, dans la réalité, est trop mobile, ondoyante et diverse pour servir de sujet à des droits subjectifs essentiellement stables. Elle est, si l’on veut, une stylisation de la personnalité morale dans laquelle se glisse, comme en toute oeuvre d’art, quelque chose d’artificiel. Mais toute personne morale a droit à être ainsi stylisée en personne juridique, aussi bien la personne morale institution sociale que la*

Un paso más en su argumentación le lleva a Hauriou a concluir que la persona moral perfecta es aquella en la que el fenómeno moral de la responsabilidad de sus órganos frente a los miembros del grupo, se traduce en organizaciones formales; afirmando a continuación que el tipo de esta persona moral perfecta es el Estado moderno de Gobierno representativo, Constitución escrita y sobre todo régimen parlamentario. La clave reside una vez más en el hecho de que la libertad humana, tal como decíamos anteriormente, sólo se puede desarrollar en una sociedad organizada; y como la libertad es algo que nos incumbe a todos, la necesidad de su despliegue a través de formas organizativas es interiorizada desde el primer momento, de donde emerge lo que se ha venido a denominar “soberanía nacional”.

personne morale individu humain”. M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pg. 205. Ver además: *ID.*, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, en *Revue Generale de Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, Tomo XXII, Paris, E. de Boccard, 1898, pp. 5 a 23, y 119 a 140.

Llegados este punto es importante precisar que esta “soberanía nacional” así entendida no es la soberanía de una nación considerada ésta como entidad colectiva, sino la soberanía individual de todos y cada uno de los ciudadanos que en conjunto constituyen la nación. Como esta soberanía les convierte, tal como hemos visto más arriba, en propietarios de la cosa pública (los poderes), los ciudadanos van a sentir inevitablemente que sus gobernantes son responsables ante ellos, y de este modo la percepción de la responsabilidad política de los gobernantes penetra en la conciencia de los ciudadanos como consecuencia del sentimiento de su soberanía.

Vemos pues cómo se ha producido la interiorización del fenómeno de la responsabilidad política a nivel individual. Ahora bien, ¿cómo podría extrapolarse este fenómeno al plano del cuerpo constituido, a fin de descubrir su realidad moral?. La respuesta, según Hauriou, solo podemos hallarla en la idea directriz que es el alma de dicho cuerpo, a saber, la idea del Estado, a la cual se amalgama el sentimiento individual de la responsabilidad política

de los órganos de gobierno dando lugar a un nuevo sentimiento de responsabilidad ya no sólo desde y hacia el ciudadano concreto, sino desde y hacia la idea misma de Estado³⁰⁸. Es por tanto en la persona moral que subyace a la persona jurídica definida anteriormente como construcción artificial de medios técnicos de organización, donde se produce la concentración de la responsabilidad colectiva ante lo bueno y ante lo malo, ya que la persona jurídica, hallándose al servicio de la persona moral como mero instrumento técnico, poco puede saber del bien, del mal o de responsabilidad alguna.

De este modo, en el grupo así personificado todo se convertiría a la vez en uno y múltiple: la soberanía nacional sería una en relación a la personificación moral del Estado y múltiple en relación a los derechos individuales de los ciudadanos; la responsabilidad política de los órganos de gobierno sería una en relación a la persona moral del Estado, y múltiple porque en última instancia donde se pone de

³⁰⁸ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pg. 208.

manifiesto es en el voto de cada ciudadano, perpetrándose correlativamente en su conciencia.

La persona moral del Estado va a ser pues del tipo "corpus" en el sentido de que la personalidad del todo no resulta completamente separable de la de sus miembros, y de que la responsabilidad del todo o responsabilidad colectiva centralizada es difusa. Si considerásemos por el contrario que la personalidad del todo es separable de la responsabilidad de cada uno de sus miembros, estaríamos falsificando la realidad mediante la construcción de una pura ficción sin contenido alguno (ni formal ni material). Antes bien, la interiorización del sentimiento de la responsabilidad, que constituye la única realidad de la persona moral, se produce en las conciencias de todos y cada uno de los miembros y no puede separarse de ellas; puede sobrepasarlas en la medida en que la idea directriz que domina y anima al grupo las sobrepase ella misma, pero en ningún caso se separa de ellas.

Llegados a este punto, la cuestión siguiente consiste en averiguar qué y quienes los órganos que constituyen la persona moral. Para responder a ambas preguntas desarrollamos a continuación la teoría del órgano representativo propuesta por Hauriou.

2.4.2.- LA TEORÍA DEL ÓRGANO REPRESENTATIVO³⁰⁹

Cabe afirmar en un sentido amplio que la representación mental es la clave de la organización de la persona moral y que así, sus órganos son sus representantes. Podría pensarse en un primer momento que el contenido de tal representación fuera puramente legal, de tal modo que los órganos de gobierno serían los representantes legales de una persona moral que se presupone (por tanto, anterior), estableciéndose entre ambos una relación jurídica

³⁰⁹ Sobre la denominada “teoría orgánica del Estado” ver el siguiente artículo: *Della cosiddetta teoria organica dello Stato*, en *Biblioteca di scienze politiche: scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze Politiche, Vol. 6, Lo stato secondo il diritto ossia, la giustizia nell'amministrazione politica, diretta da ATTILIO BRUNIALTI*, Torino, Unione Tipografico, 1890.

de mandato que convertiría a aquella en sujeto responsable de los errores cometidos por sus órganos de representación.

Ahora bien, debe observarse que con este razonamiento estaríamos dando pie a una construcción puramente legal (artificial) de la persona moral, lo cual resulta de todo punto imposible ya que ello conduciría no a la persona moral sino a la ficción de la misma, confundiendo así el sujeto con el objeto. Hay que advertir, por el contrario, que los órganos preceden en su existencia a la persona moral que es por ellos constituida, y que de este modo se produce la unidad entre ambos de suerte que la persona moral no es nada sin sus órganos y estos no son nada sin ella, estableciéndose entre ellos un vínculo no tanto de *relación de unidad* jurídica, de tal manera que la responsabilidad del órgano se subsume en la persona moral. Esta teoría tiene la virtud de dar cabida a la creación espontánea de personas morales, eludiendo tener que admitir el presupuesto de su creación legal.

De la aplicación de estas consideraciones a la persona moral Estado, se desprende que la organización representativa precede, a título de fenómeno político, a la aparición de la personalidad jurídica; concluyéndose en última instancia que el contenido de la representación es antes moral que jurídico³¹⁰.

Con esta argumentación como referente debe analizarse la afirmación de que los órganos del Estado son instituciones representativas, indagando cuál sea su contenido y cuáles sus elementos. En este sentido sostiene Hauriou que dichas instituciones contienen:

- En primer lugar, un elemento de *poder* (ejecutivo, deliberante, etc.) cuya finalidad es llevar a la práctica las representaciones mentales acerca del bien del Estado, teniendo en cuenta además que dicho elemento de poder

³¹⁰ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op.cit., pg. 210 y ss.

contiene la dosis de *competencia* necesaria para su realización.

- En segundo lugar, un elemento *funcional* que se concreta en las tareas de gobernar, legislar, etc.
- En tercer lugar, un componente *orgánico* constituido por el elemento humano organizado, tras el cual se situarían los dos anteriores.

Por último, es importante apuntar que para Hauriou la unión entre órganos y persona moral no es de la misma clase que la que se da entre los órganos físicos y el cuerpo tal como se sostenía desde la escuela alemana³¹¹, sino que dicha unión viene mediada por la

³¹¹ En este punto Hauriou se muestra crítico con la teoría orgánica de la escuela alemana, de la que no obstante se declara partidario por considerarla muy superior a la de la representación legal que, como hemos explicado, confundiría representatividad con legalidad al hacer recaer todo el peso de la creación de la persona moral en la ley, convirtiéndola en mera ficción legal (doctrina de la ficción), cuyos órganos (de los cuales resultaría absolutamente

representación que los órganos se hacen de los fines, intereses y funciones de la persona moral. Por esta razón, los órganos lo son de la persona moral en la medida en que sus representaciones se corresponden con las funciones atribuidas ésta vía estatutos, leyes o reglamentos, y fuera de esta correspondencia cualquier actuación del órgano lo sería a título meramente personal.

En definitiva, los órganos del Estado lo serían en la medida en que actúan en nombre de éste; pero justamente porque actúan en su nombre, gozan de plena autonomía para tomar iniciativas (aunque estas iniciativas después sean sometidas a control parlamentario o de otro tipo), y este es el único postulado que puede fundamentar la idea de representación, porque representar, en última instancia, no puede consistir simplemente en obedecer un mandato.

responsable) serían sus representantes legales a la manera como el tutor lo es del menor.

Respecto a la teoría orgánica puede consultarse, entre otros, el artículo de E. CASTRUCCI, *Tra organicismo e "Rechtsidee": il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, en *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, op. cit., n° 15, 1984.

2.5.- EL ESTADO

Hablar de Estado significa hablar de una serie de elementos que se entrelazan y vinculan, constituyendo un entramado de conceptos difícil de concretar, sobre el cual intentaremos arrojar luz en este epígrafe³¹².

En primer término, un Estado sería una *comunidad nacional* dotada de libertades públicas, que se constituye como *nación* a partir de un concepto espiritual fundado en el sentimiento de unidad³¹³. En segundo lugar, esta comunidad se dotaría a sí misma

³¹² Respecto al tema del Estado, remitimos a la amplia bibliografía recogida en la primera parte de este trabajo y referenciada al final, así como a la obra de M. HAURIUO, *Principes de Droit Public*, op. cit.

³¹³ Sobre el concepto de nación existen múltiples trabajos de los que a continuación referimos algunos: E. RENAN, *¿Qué es una nación?/Qu'est-ce qu'une nation?*, Ed. Bilingüe, traducción española de F. Ochoa de Michelena, Madrid, Sequitur, D.L. 2001; D. SCHNAPPER, *Le communauté des citoyens: sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, cop., 1994; K. MARX y F. ENGELS, *La cuestión nacional y la formación de los Estados*, compilación de

de un *poder centralizado* en forma de *Gobierno central* para la puesta en marcha de la *cosa pública*, o lo que es lo mismo, del *bien común*.

El Estado por tanto aparecería constituido por tres elementos fundamentales:

1. Un elemento de carácter *coercitivo* formado por el poder público y el Gobierno central.
2. Un elemento de carácter *consensual* que podría definirse como la unidad espiritual de la nación.

J. Aricó, México, Pasado y Presente, 1980; H. SCHULZE, *Estado y nación en Europa*, Barcelona, Crítica, D. L., 1997; F. CHABOD, *L'idea di nazione*, a cura di A. Seita, E. Sestan, Bari, Laterza, 1962; M. ALBERTINI (et al.), *L'idée de nation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969; E. HOBSBAWN, *Naciones y nacionalismo desde 1870*, traducción española de J. Beltrán, Barcelona, Crítica, D. L., 1991; E. POLAKOVIC, *Teoría de la nación: naciología de J. Ortega y Gasset, E. Renan y L. Stur*, Madrid, (s.n.), 1983.

3. Un elemento de tipo *ideal* constituido por el proyecto o empresa de la cosa pública, que actuaría como polarizador del consentimiento tanto de los órganos de gobierno como de los miembros de la nación.

A su vez, estos tres elementos relacionados entre sí por un sistema de equilibrios, se proyectan y legitiman en tres formas de soberanía:

- a. Soberanía del Gobierno del Estado, fundamentada en las libertades civiles y públicas de que gozan los gobernados dentro del mismo. El poder del Estado es ante todo gobierno de hombres libres, lo cual nos lleva directamente a la segunda forma de soberanía.
- b. *Soberanía de la sumisión* de la comunidad nacional al poder, fundamentada en la autonomía de la voluntad y por consiguiente en una decisión libre que se determina en el

consentimiento del pueblo. El pueblo necesita del poder y el poder del pueblo.

Este *poder de sumisión* tiene su origen en las libertades civiles existentes con anterioridad en la comunidad nacional, por lo cual, debe hablarse de soberanía de la comunidad *facultada para retirar su consentimiento*. De este modo, la soberanía del gobierno se corresponde (o debe corresponderse) con la soberanía de la nación (*souveraineté de sujétion*) y de dicha relación va a depender la fuerza o debilidad del primero. Esta *souveraineté de sujétion* se constituye así en principio jurídico en virtud del cual las libertades individuales resultan oponibles al Gobierno y organizadas por él. Citando a Hauriou:

“(...) la souveraineté de sujétion es el principio jurídico en virtud del cual las libertades individuales del ciudadano son oponibles al gobierno del Estado, son, no ya concedidas sino simplemente reconocidas y organizadas por

él, porque sólo una forma de soberanía resulta jurídicamente oponible a otra forma de soberanía”³¹⁴.

c. *Soberanía de la cosa pública*, o lo que es lo mismo, de la idea de Estado. Se produce aquí un fenómeno fundamental consistente en la unificación del concepto de "soberanía" en la idea de Estado. La cosa pública se *constituye* así, primero: a través de unos "medios" formados por el "personal funcional" (diferente del personal del gobierno y de la nación); y segundo: con vistas a la realización de unos fines que adoptarían la forma de empresa o proyecto, a saber, la empresa del Estado para la conducción de la nación por el Gobierno.

³¹⁴ "(...) *la souveraineté de sujétion est le principe juridique en vertu duquel les libertés individuelles du citoyen sont opposables au gouvernement de l'Etat, sont, non pas concedes mais simplement reconnues et organiques par lui, car seule une forme de la souveraineté est juridiquement opposable à une autre forme de la souveraineté*". M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg. 90.

Una vez aclarados los anteriores conceptos acerca del Estado, estamos en condiciones de analizar la definición dada por Hauriou según la cual, el régimen de Estado se configura como régimen político, económico y jurídico, que sirviéndose de una nación la transforma, la impone una forma determinada, y se convierte en el medio de existencia de los individuos³¹⁵. Examinemos esta definición por partes:

1º.- "...que sirviéndose de una nación la transforma...", significa que el Estado es un fenómeno histórico de transformación nacional y que, por tanto, presupone una nación con sus habitantes, hábitat, civilización histórica, organizaciones políticas y sociales primitivas.

Esta transformación sería obra de la voluntad y la reflexión humana acerca del problema de la organización social, y tendría como finalidad conjugar una determinada concepción de organización corporativa con un ideal

³¹⁵ M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, op. cit., pp. 303 y ss.

definido, a saber, el del régimen civil en su sentido de libertad civil completada y garantizada por la libertad política

Un cambio así sólo resultaría posible gracias a la confluencia de dos acontecimientos: la evolución de una civilización materialmente avanzada y la generación de una moral superior; y tendría como resultado la forma corporativa del Estado, es decir, un tipo de estado social en el que las instituciones gozarían de la movilidad y flexibilidad necesarias para permitir el progreso material, incorporando a la vez la estabilidad suficiente gracias a la nueva plataforma moral.

2º.- "...la impone una forma determinada...", hace alusión a la forma *régimen civil* que constituye el objetivo del régimen de Estado, y pone de relieve la división entre poder político de dominación y propiedad privada, división que fundamenta precisamente la empresa política del Estado y la libertad.

Cómo se produce esta separación entre lo público y lo privado, fundadora del poder político del Estado y de la libertad, quedó ampliamente explicado en la primera parte, no obstante conviene insistir en el factor sobre el cual Hauriou hace pivotar su propia explicación, a saber, el de la *centralización del Derecho nacional (y del poder político)*, que determina el momento decisivo en que el establecimiento de las reglas del Derecho se convierte en tarea del Gobierno central, porque sólo así el poder de dominación deviene separable de la propiedad privada, dando con ello lugar a un poder político puro exento de toda infiltración de carácter patrimonial. Este fenómeno de centralización jurídica será pues interiorizado y considerado elemento indispensable del régimen de Estado, generándose así la ficción del *imperio de la ley*.

Tenemos por tanto, por un lado, el fenómeno de la centralización jurídica que implica la intervención del poder político central en el establecimiento de las reglas de Derecho mediante procedimientos formales (ley escrita), y por otro, la permanencia de la costumbre o

legislación consuetudinaria, como fenómeno en el que no interviene para nada el poder político y que viene sustituida en su primacía por la ley escrita, la cual se convierte en base del régimen jurídico del Estado. La virtualidad de esta ley escrita (al contrario de lo que sucede con la costumbre dada su vocación intrínseca de permanencia) residirá precisamente en la posibilidad que ella misma incorpora de permanecer estable y, a la vez, ser susceptible de modificación según procedimientos formales, lo cual permite una mayor movilidad de las situaciones sociales gracias a la discusión y, consecuentemente, un plus de libertad y justicia respecto a la legislación consuetudinaria. Hauriou lo expresa de la siguiente manera:

"En efecto, la ley escrita, aunque establecida en principio para siempre, puede ser modificada en virtud de una decisión deliberada del gobierno sirviéndose de un procedimiento relativamente rápido, mientras que no existe ningún procedimiento al servicio de una autoridad social"

*cualquiera en virtud de la cual pueda modificarse consuetudinariamente una costumbre"*³¹⁶.

Asistimos así a un entramado de Instituciones fundadas tanto en la ley escrita como en la costumbre, que a la vez que dan cabida a la movilidad y readaptación de situaciones políticas y sociales sirven al mantenimiento del equilibrio necesario para la convivencia ordenada.

2.5.1.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ESTADO

Tal como avanzábamos más arriba, el fundamento jurídico del Estado reside según Hauriou en el consentimiento consuetudinario, cuyo precedente se encuentra en la institución social del *usus*

³¹⁶ *"En effet, la loi écrite, bien qu'établie en principe à toujours, peut être modifiée par une décision délibérée du gouvernement en employant une procédure relativement rapide, tandis qu'il n'existe aucune procédure qui soit à la disposition d'une autorité sociale quelconque et par laquelle puisse être modifiée coutumièrement une coutume". M. HAURIOU, Principes de Droit Public, op. cit., pg. X.*

comunis que engendra la *opinio iuris*. La institución del Estado vendría pues consagrada jurídicamente por ese consentimiento consuetudinario, y sobre este fundamento descansarían los conceptos de *Constitución* y de *Ley* ya que, tanto el uno como el otro, tanto la idea formal de Constitución como la de Ley escrita no son sino actos jurídicos que sirven para conferir actualidad a la regulación de ciertos elementos del Estado. En este sentido, decimos que las Constituciones escritas tienen su precedente en la institución constitucional, y que los principios constitucionales son el resultado del consentimiento consuetudinario que les confiere auténtica legitimidad.

Frente a la actitud teórica kantiano – kelseniana que hacía descansar la fundamentación del Estado sobre normas de origen trascendental³¹⁷, esta postura del fundamento consensual tiene la virtud de resultar compatible con la noción de Derecho positivo

³¹⁷ Respecto a este tema remitimos a lo expuesto en el capítulo dedicado a Kant, así como a las obras de H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp., 285 y ss; *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp., 215 y ss.

cuyas fuentes, aún siendo puramente formales, son reconducidas al consentimiento del pueblo por la Constitución, o si se quiere, a los mandatos de un poder que es él mismo consentido. En uno y otro caso el Derecho busca el fondo por medio de la forma y va del uno a la otra de manera irreversible.

En este contexto y respecto a la relación entre Estado y Derecho hay que puntualizar que uno y otro constituyen sistemas separados, no obstante lo estrecho del vínculo existente entre ambos. Sostiene Hauriou en este sentido que el Derecho halla su fundamento en la sociabilidad humana, y no en la organización social del Estado, colocándose así en una posición abiertamente enfrentada a Carré de Malberg³¹⁸.

En cuanto a la teoría kelseniana que identifica Estado y Derecho concluyendo que el poder del Estado constituye la validez del Derecho mientras que ésta constituye la coerción de aquel,

³¹⁸ Ver CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op. cit., Tomo I, pp., 61 y ss.

procediendo ambos de un imperativo categórico trascendente actuante sobre las conciencias en forma de normas, la crítica de Hauriou se centra de nuevo en que Derecho no es lo mismo que Estado, y ello por la misma razón alegada anteriormente, a saber, que el Derecho no tiene su origen en la organización social del Estado sino en la sociabilidad humana. Plantea Hauriou serias dudas acerca del monismo sostenido por Kelsen apoyándose en la afirmación de que el Derecho aparece vinculado al concepto de legitimidad social y el poder del Estado al principio de soberanía política, partiendo de la base de que, en última instancia, lo social y lo político no se pueden subsumir mutuamente³¹⁹.

Una vez analizados detenidamente cada uno de los factores constitucionales, veamos a continuación cómo plantea históricamente Hauriou el concepto de Constitución.

³¹⁹ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp., 103.

2.6.- PLANTEAMIENTO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Situándonos cronológicamente en el tiempo histórico en que se desarrolla el Antiguo Régimen, puede observarse que las instituciones consuetudinarias entonces existentes eran puramente gubernamentales. Con el advenimiento de los nuevos regímenes a partir de finales del siglo XVIII, las Constituciones pasarán a caracterizarse principalmente por su dimensión nacional, erigiéndose en estatuto nacional del Estado, con un contenido a la vez político y social³²⁰.

³²⁰ Existe una amplia producción teórica sobre la perspectiva histórica del Constitucionalismo moderno, de la cual se ofrecen a continuación algunas referencias bibliográficas: N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà: Storia del Costituzionalismo moderno*, op. cit.; J.G. COURCELLE-SENEUIL, *L'héritage de la révolution: questions constitutionnelles*, Paris, Guillaumin, 1872; J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Torino, G. Giappichelli, 1990; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, cop., 1995; Ch. H. McILWAIN, *Constitutionalism, ancient and modern*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1947, hay traducción española en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Por otra parte, es importante destacar que este carácter de estatuto nacional de la Constitución es característico del constitucionalismo continental, porque en el mundo anglosajón la Constitución se entiende principalmente como salvaguarda de las libertades individuales³²¹.

No obstante, la realidad según Hauriou es que tanto en el uno como en el otro, la cuestión de la validez jurídica se reconduce en última instancia a los principios del derecho privado antes que a los del derecho público, y aunque en el mundo continental estemos habituados al juego puramente político de los poderes públicos, es el destino del juego constitucional que evolucione hacia un control

³²¹ Sobre constitucionalismo anglosajón se pueden consultar, entre otras, las obras de A. PALLISTER, *Magna Carta: The heritage of liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1971; G. M. TREVELYAN, *Historia política de Inglaterra*, México, FCE, 1984; G. MARSHALL, *Constitutional theory*, London, Oxford University Press, 1971; L. BARTHE, *Compendio de Historia civil y constitucional de Inglaterra*, discurso preliminar de M. Pedregal, Madrid, Imp. de F. Maroto e Hijos, 1879; A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution, with introduction by E.C.S. Wade*, op.cit.

judicial de la legalidad constitucional, estableciéndose así un nuevo equilibrio jurídico-político entre soberanía (poderes políticos) y legitimidad (validez jurídica), abandonando el puramente político³²².

Detengámonos pues en el análisis de la evolución constitucional y el advenimiento de las Constituciones nacionales:

En primer lugar habrían aparecido las instituciones gubernamentales consuetudinarias, portadoras de una forma y unos procedimientos delimitadores de carácter institucional, constitutivas en sí mismas de una garantía protectora contra el poder.

Posteriormente aparecerán nuevas garantías de la mano del concepto de “imperio de la ley”, que supone la aparición de reglas ya no tanto de forma como de fondo, es decir, de normas superiores de orden y justicia. De nuevo se hará necesario buscar límites e esta

³²² M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pp., 238 a 241, y 261 y ss.

creación de normas superiores, límites que, como otras veces, no podían proceder de otro lugar que de las formas y procedimientos.

Esta nueva necesidad de protección contra un poder ilimitado de generar leyes superiores encontrará su respuesta en una especie superior de leyes cuya fuente y cuya forma de elaboración van a ser distintas a las del poder legislativo ordinario, y que contendrán además el estatuto nacional del Estado, a saber: las Constituciones nacionales³²³.

³²³ Para profundizar acerca de la elaboración y reforma constitucionales, así como sobre el poder constituyente, se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: P. de VEGA, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, op. cit.; J. BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997; ID., *La causa della rigidità costituzionale: una rilettura di Bryce, dell Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, Cedam, 1996; G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, traducción española de Ch. Förster revisada por P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; L. PEREZNIETO CASTRO (comp.), *Reformas constitucionales y modernidad nacional*, México, Porrúa, Cambio XXI, 1992.

Por tanto, puede decirse que “*une constitution nationale est le statut de l’Etat corporatif et de ses membres, établi au nom de la nation souveraine par un pouvoir constituant et par une opération législative de fondation selon une procédure spéciale*”³²⁴, que le confiere el carácter de superlegalidad respecto al resto de las leyes. Como estatuto que es, contiene reglas de organización y de relación entre las instituciones gubernamentales, así como principios relativos a la ciudadanía y a los derechos individuales.

Por su parte, el poder constituyente sería una especie de poder legislativo especial que actuaría en nombre de la nación vía representación, es decir, que la nación participaría en el proceso de elaboración y fundación de la Constitución, resultando dicha participación mayor o menor según cómo se articule la representación. Lo importante es, no obstante, destacar que se trata simplemente de “participación” en las instituciones representativas,

³²⁴ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg., 242.

y examinar cómo se produce dicha participación del pueblo en la elaboración de la Constitución.

La respuesta, lógicamente, no puede ser otra que vía electoral, bien mediante la elección de una Convención nacional extraordinaria, o bien reeligiendo las Cámaras ordinarias. No obstante, hay que advertir que tratándose de una reforma parcial de la Constitución podrían ser las Cámaras ordinarias existentes las que procediesen a la reforma aunque siguiendo un procedimiento especial o/y con su sometimiento a referéndum popular. Puede decirse que esto es así en líneas generales, matizando sin embargo que en los países de tendencia más democrática se tiende a articular el proceso electoral en función sobre todo de la iniciativa popular, mientras que en el resto de países la tendencia es a aproximar el poder constituyente a las instituciones gubernamentales haciendo primar las reformas parciales sobre las totales, de manera que en la práctica, el poder constituyente popular vendría finalmente sustituido por un poder constituyente gubernamental independiente.

En este contexto, es importante insistir en que el poder constituyente (poder legislativo especial) se distingue del poder legislativo ordinario precisamente en que la nación participa (o debe participar) mucho más ampliamente en su ejercicio que en las operaciones ordinarias del legislativo, lo cual es justamente así porque su función o finalidad es la de fundar el Estado.

Los fundadores del Estado van a ser pues, de un lado, un gobierno provisional a modo de principio de organización para la dirección de la nación; del otro, una comunidad nacional que deseosa de realizarse bajo la forma de Estado presta su adhesión a dicho gobierno. Por consiguiente, decisión de gobierno y adhesión al mismo serían la base del acta jurídica de la fundación del Estado; gobierno provisional y nación, animados por la idea de Estado serían los fundadores.

Si ahora convenimos que el poder de fundar es esencialmente un poder de disponer de la cosa modificando su sustancia, y que tal poder corresponde a la nación soberana que, antes que depositaria

es “propietaria” de las instituciones gubernamentales, se concluye que el Estado puede sufrir graves modificaciones como resultado de las consecuencias futuras de una decisión actual del poder constituyente. Sin embargo, la sociedad presenta según Hauriou un instinto de conservación que le conduce a dotarse de medios adecuados para su permanencia, como por ejemplo el mencionado sistema de revisión limitada de la Constitución a través de las instituciones gubernamentales, que pone de manifiesto la capacidad de reducir al mínimo mediante procedimientos formales la eventual nocividad del poder constituyente. De aquí puede concluirse que no es del todo cierto que el Estado se realice día a día gracias a un hipotético “plebiscito cotidiano” como del que habla Renan³²⁵, sino que, por el contrario, el gobierno y las instituciones políticas son sólo cuestionados muy de tarde en tarde. En este contexto debe inscribirse el fenómeno de la *legitimidad* en su acepción de *validez jurídica*, entendiendo que incluso por encima de la Constitución y del poder constituyente se hallarían las instituciones sociales de la

³²⁵ E. RENAN, *¿Qué es una nación?/Qu'est-ce qu'une nation?*, op. cit.

vida privada (los principios individualistas de orden y de justicia), cuya continuidad resulta más esencial que la de las formas políticas, y cuyo reconocimiento se da a través del Derecho mismo³²⁶.

Por consiguiente, podemos concluir que la primera constitución del Estado se basaría en principios de Derecho anteriores al propio Estado y que, consecuentemente, la fundación de éste es antes una operación jurídica que un mero fenómeno histórico.

Por otra parte y como ya dijimos al hablar de la soberanía nacional, conviene insistir en el hecho de que mediante la Constitución, que es su expresión más directa, el pueblo soberano delega su poder en las instituciones (no su soberanía). Es importante dejar claro, aún a riesgo de resultar reiterativos, cuál es el objeto real de esta delegación ya que como hemos visto el pueblo soberano posee el poder de dominio pero la capacidad para ejercer las funciones propias de ese poder escaparía de sus manos. En

³²⁶ Acerca de los principios de soberanía política y soberanía jurídica, ver: M. HAURIUO, *Principes de Droit publique*, op. cit., pp. 27 y ss.

consecuencia, el pueblo no puede delegar la capacidad para ejercer ni el poder deliberante (legislativo) ni el ejecutivo, ni el judicial, porque carece de ella; lo que sí puede hacer (y de hecho hace), es delegar la facultad o poder puramente formal de expresar voluntades, en nombre de la nación, en forma de decisión ejecutiva o de deliberación o de juicio. Es decir, que delega la facultad volitiva bajo distintas formas de volición que son la deliberación, la decisión ejecutiva y el juicio. En este sentido hay que apuntar que esas tres formas de volición habrían ido desarrollándose históricamente con la experiencia política, creándose a la vez los órganos aptos para su expresión y ejercicio (parlamento, gobierno y tribunales). Pero lo más importante sería que la nación habría tomado conciencia de las mismas integrándolas en la persona moral Estado.

Dicho esto, se plantearía inmediatamente la cuestión problemática de si las Constituciones nacionales, cuyo contenido según lo expuesto no puede ir más allá de la pura delegación formal del poder, tendrían la posibilidad de dominar y controlar las

instituciones representativas dotadas de capacidad autónoma para cumplir sus funciones. La respuesta que nos da Hauriou es no, no tienen esa posibilidad, pero resulta que paradójicamente esta sería la razón de ser de cualquier gobierno representativo³²⁷ ya que, desde el momento que las funciones no se delegan (más que de manera indirecta por medio de la delegación del poder), la función existe por sí misma en tanto que necesidad a satisfacer, y la capacidad para cumplirla, al no poder ser delegada por el pueblo soberano (porque como hemos dicho carece de ella) debe ser ejercida por los representantes de modo autónomo. Así, por la delegación de poder estos representantes son siervos pero por la capacidad de cumplir las funciones son libres, y es precisamente este grado de libertad incoercible (autonomía de la voluntad) la razón de ser del gobierno representativo³²⁸.

³²⁷ Sobre los conceptos de representación y gobierno representativo remitimos a la bibliografía señalada en nota a pié anterior.

³²⁸ M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pg., 263.

En definitiva, podemos concluir que la nación delegaría el qué pero no el cómo, sin olvidar que ese cómo desde luego no escapa a la soberanía que en última instancia siempre tiene la facultad de control, porque bajo el imperio de una Constitución nacional ningún poder público es soberano en el sentido de no poder ser controlado en el ejercicio de su poder o en el cumplimiento de su función, por el contrario, todo poder público es susceptible de ser controlado por medios jurídicos en virtud del principio de soberanía nacional. Este principio sería por tanto aplicable tanto al poder de deliberación en el ejercicio de la función que le es propia, a saber, la función legislativa; como al propio poder constituyente que, recordemos, debe ser considerado como un poder delegado siempre que admitamos el principio de una tácita legitimidad constitucional subyacente a la Constitución escrita. Por tanto, tendríamos que hablar aquí de un control de Constitucionalidad fundamentado en dos principios, a saber: el de limitación del poder delegado, y el de supremacía de la ley constitucional sobre la ley ordinaria³²⁹.

³²⁹ Hauriou realiza un estudio detallado de los diferentes sistemas de control de constitucionalidad de la ley en las pp., 266 a 292 de *Précis de Droit*

Constitutionnel, op. cit.

Entre otros autores más recientes que se han ocupado del tema cabe señalar: R. JIMÉNEZ ASENSIO, *El constitucionalismo: separación de poderes, control de constitucionalidad de las leyes y derechos fundamentales en el proceso de formación del concepto de Constitución*”, Oñati, Herri Ardulararitzaren Euskal Erakundea IVAP, D.L., 2001; G.F. MANZINI, *Democracy and Constitutionalism in the European Union: collected essays*, Oxford, Hart, 2000; R.L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1998; J.J. GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; A. LÓPEZ PINA, *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987; F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998; G. VOLPE, *L'ingiustizia della leggi: Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, A. Giuffrè, 1977; H. KELSEN, *La giustizia costituzionale, a cura d C. Geraci, premessa di A. La Pergola*, Milano, Giuffrè, imp., 1981.

3.- CONCLUSIÓN

Después de estudiar detenidamente el planteamiento teórico realizado por Hauriou respecto a los factores constitucionales, al concepto de Constitución-Institución, y por último al de Estado, y centrándonos en el tema que principalmente nos ocupa, a saber, los cambios acaecidos en el modelo constitucional y sus repercusiones en el concepto de ley y derecho en el plano jurídico y de representación política y separación de poderes en el ámbito político, podemos concluir, utilizando expresión del propio autor, que a lo largo de la lucha histórica entre las instituciones consuetudinarias y la ley escrita se ha puesto de manifiesto un enérgico retorno de las instituciones, y que sólo a partir de este hecho resulta posible explicar el régimen constitucional³³⁰.

Con esta perspectiva se ha abordado el estudio del Estado como fenómeno especial, determinado y limitado en el tiempo y en el

³³⁰ M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, op. cit., pp., XXVII, XXVIII.

espacio, partiendo de la consideración de que una comunidad aparece como Estado en el momento en que se instaura en ella un *régimen civil* cuya implicación fundamental es la separación tajante entre poder político de dominación y propiedad privada, y por tanto, entre vida pública y vida privada. En este contexto, el poder político adquiriría el carácter de empresa pública apareciendo como un fenómeno de organización corporativa³³¹.

³³¹ Como ejemplos de este tipo de Estado, extraídos de la Historia de la civilización mediterránea, se citan:

1. Los denominados Estados antiguos, es decir, las repúblicas griegas y la república romana. Estas formas de Estado encontrarán su declive a lo largo del primer milenio de la era cristiana de la mano del Imperio romano, llegando a su fin en la Edad Media en la que la forma de Estado queda relegada en favor de la organización feudal.
2. El Estado moderno (con vestigios feudales hasta la revolución de 1.789), que aparece al final de la Edad Media (s. XIV) como reacción contra el régimen feudal a partir de tradiciones romanas.

Para una explicación detallada del desarrollo de estos procesos remitimos a la primera parte de este trabajo.

Si miramos al fondo de este proceso podemos ver que lo que se ha producido es un giro en el fenómeno de la representación, consistente en el hecho de que los individuos pasan paulatinamente de verse representados en la costumbre a sentirse representados en el Estado, a través de las Instituciones y sobre todo a través del imperio de la ley.

Ahora bien, si el fenómeno de la representación popular se vaciara por completo de contenido consuetudinario, se correría el peligro de caer en la revolución por un exceso de confianza en la discusión y en el imperio de la ley escrita, es decir, por el mayor peso que adquirirían las fuerzas de cambio respecto a las de estabilidad. En tal caso, el remedio vendría de la mano del régimen constitucional: a partir de la propia ley escrita extraeríanse artificialmente las mismas garantías que producen naturalmente las instituciones consuetudinarias. El modo de conseguir semejante objetivo sería mediante la actualización de aquellas leyes consideradas solemnes, las reputadas superiores a las demás, *como si* hubieran sido consagradas por una larga costumbre; y

consagrando sobre la base del carácter fundante de esas leyes, las instituciones fundamentales del Estado corporativo³³².

En definitiva, se trataría de *imitar* a la costumbre a través de la redacción solemne de Constituciones escritas, generando así la convicción de la supremacía de unas determinadas instituciones fundamentales a las que se acabarían subordinando tanto las leyes ordinarias como el Derecho gubernamental, todo lo cual daría lugar a esa estabilidad suficiente para hacer cesar cualquier posible brote revolucionario pero no tan absoluta como para constituir el detonante de eventuales revoluciones.

En este contexto, la reconstrucción de las instituciones sobre la base del estatuto corporativo del Estado le permite a Hauriou formular la siguiente definición de justicia:

³³² Respecto a la génesis y desarrollo del concepto de Estado corporativo, resulta de particular interés el análisis realizado por N. MATTEUCCI, en *Lo Stato Moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 65 a 80, y 189 a 198.

"l'espèce d'ordre qui s'établit à l'intérieur d'un être corporatif libre en qui vivent des hommes libres, qui sont ses membres, alors que l'être corporatif s'organise objectivement pour assurer à ses membres le maximum de liberté, tout en sauvegardant sa propre existence" ³³³.

La justicia deja de ser pues una fría abstracción para convertirse en la fuerza ordenadora de un medio de existencia organizado. Por su parte, la organización social corporativa, imbuida de esta noción de justicia y equilibrada por el régimen constitucional, constituiría finalmente, según Hauriou, el tipo más elevado de organización posible. Así, del mismo modo que el derecho del pueblo se constituía en principio revolucionario, el derecho de la corporación nacional organizada, cuyos individuos son miembros participantes, se constituye en principio constitucional. Ahora bien, es importante

³³³ *"especie de orden que se establece dentro de un ente corporativo libre en el que viven hombres libres, que son sus miembros, mientras que el ente corporativo se organiza objetivamente con vistas a asegurar a sus miembros el maximum de libertad, salvaguardando a la vez su propia existencia". M. HAURIOU, Principes de Droit Public, op. cit., pg. XII.*

insistir en este punto en que no se trata de que esta corporación nacional goce de un carácter sobrehumano y trascendente (en el sentido del Estado prusiano), desde el momento que serían los propios individuos particularmente considerados los participantes en el Estado.

En este mismo sentido, es importante precisar que el texto constitucional así generado, no obstante su especial relevancia, no deja de ser un elemento puramente jurídico conforme a la noción corporativa de justicia, es decir, el estatuto jurídico de un Estado que se contempla como personificación jurídica de la nación; personificación que se opera en un proceso de centralización de la individualidad política y económica de la nación, cuyo objetivo es constituir un capital de fuerzas e ideas organizadas con el que, mediante su puesta a disposición de un Gobierno central y a través de la diversificación y especialización racional del trabajo, se obtenga el mayor grado de eficiencia y libertad posible en la gestión del interés general, sin olvidar que dicho objetivo de profundización en la potencia organizativa debe permanecer subordinado al

principal y más importante de profundización en la libertad y la justicia³³⁴.

Este proceso centralizador generaría un estado de confianza en lo *público*, que al final resultará operativo como elemento aglutinador al permitir al individuo reconocerse en el cuerpo común *nación* haciéndose presente en él, y representarse en el Estado con su estatuto jurídico en la mano, a saber, la *Constitución*.

³³⁴ Abundando en este proceso centralizador, Hauriou establece la comparación entre una sociedad comercial y un Estado (adelantándose con ello a algunas teorías del propio Weber), para decir que del mismo modo que en la primera existe un capital económico cuya suscripción es indispensable para la fundación de la sociedad, en el Estado es la centralización política el capital indispensable para la aparición de la personalidad. En este sentido, la centralización política no es otra cosa que un fenómeno de capitalización aplicado a fuerzas e ideas, siendo así que una nación está centralizada cuando se constituye un capital de poderes y de ideas gubernamentales que se acumulan en las funciones públicas organizadas. La manifestación externa de este proceso sería entonces el funcionamiento automático de la Administración, manifestación extrapolable en nuestro ejemplo de una sociedad comercial a la renovación del capital por sus propios reflujos.

Es importante prestar atención al hecho de que no hay personas morales preexistentes cuya voluntad ordene la organización del Estado, sino que el proceso centralizador mencionado organiza un cierto tipo de personalidad corporativa fundamentada en la libertad y la justicia, entendida esta última, insistimos, como la *fuerza ordenadora de un medio de existencia organizado*.

En resumen, tanto el régimen de Estado como el Derecho público hallan su fundamento en un orden de cosas anterior que se ha ido conformando de suyo mediante la puesta en funcionamiento de actividades elementales. Este orden de cosas, que va a configurar la organización del Estado, no surge por tanto de los decretos de la voluntad subjetiva de una persona moral preexistente. Lo sucedido sería que, para asegurar su libertad política frente al empuje del órgano volitivo (Gobierno), el Estado se habría configurado como una individualidad corporativa (personificación), sirviéndose para ello de los siguientes procedimientos:

1. Organización representativa del Gobierno

2. Separación de poderes y descentralización

3. Elaboración de un estatuto constitucional

Con este esquema organizativo, tanto la soberanía gubernamental como la legislativa veríanse en última instancia subordinadas a la soberanía del estatuto constitucional, lo cual no debe inducir a error respecto al hecho de que la soberanía (al igual que el poder) es un fenómeno de suyo indivisible de tales características que, cuando hablamos de formas de soberanía (o de separación de poderes) no queremos referirnos a otra cosa que a técnicas de control, en base a lo cual podemos concluir con Hauriou que ante lo que nos hallamos es exactamente ante el fenómeno de la soberanía limitándose a sí misma.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de comprender en su pleno sentido la definición que Hauriou nos da del Estado :

*"L'État est la centralisation d'une nation en vue d'y
instaurer le régime civil, par le moyen de l'organisation de la*

*nation en une individualité corporative, sous l'action d'un pouvoir souverain, sous le régime d'une loi intérieure et sous la domination d'un statut"*³³⁵.

Éstas serían fundamentalmente las ideas directrices del pensamiento de Hauriou, resultando que el interés principal del autor se centra en determinar, a la luz de estas premisas, los fundamentos de la construcción del Derecho público, que en última instancia pueden resumirse en dos: el *orden jurídico objetivo* (anterior a la persona moral) y la marcha hacia la *personificación*.

En cuanto al orden jurídico objetivo resultará ilustrativo mencionar en esta conclusión la matización que el propio Hauriou hace de la teoría del contrato social de Rousseau. En este sentido hay que decir que si bien ambos parten de la idea común de un momento fundacional objetivo y, por tanto, de la no preexistencia de ninguna clase de persona moral; mientras para Rousseau ese

³³⁵ M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, op. cit., pg. XV.

momento fundacional objetivo lo constituye el *contrato social*, para Hauriou el concepto fundamental sobre el que descansa es el de *institución corporativa*. Veamos la diferencia:

Si el momento fundacional adopta la forma de contrato social, entonces el establecimiento del Derecho y del Estado es únicamente el efecto de las voluntades individuales contratantes y la ley, como fuente del Derecho, es la expresión de la voluntad general. El error de esta argumentación, según Hauriou, reside precisamente en considerar la ley como expresión de la voluntad general, cuando en realidad se trata de la expresión de la voluntad de una mayoría parlamentaria o electoral que si bien puede resultar más o menos representativa (ya que se ha gestado en el seno de una organización legislativa), no difiere en su fundamento del mandato del Príncipe si no es por una cuestión de grado. La cuestión que se plantea inmediatamente es cómo justificar la autoridad de esta Ley así concebida, cómo justificar su imposición a todo el grupo incluso mediante el uso de la fuerza. Pues bien, la explicación residiría en la necesidad del grupo de funcionar unido ante el peligro de verse

amenazado en su propia existencia, lo cual, de ningún modo permite afirmar que las fuentes del Derecho operando para su creación puedan identificarse con la voluntad general. Antes bien, la necesidad de someter la independencia individual a la preservación de la existencia del grupo, convertiría al principio de autoridad en el eje rector del proceso de creación del Derecho.

Si por el contrario, hacemos descansar el momento fundacional en la constatación del siguiente hecho, a saber, que no hay un solo momento en la historia del Estado en que no exista un Derecho ya establecido en la nación con carácter previo a cualquier fenómeno jurídico de nueva creación, entonces, la existencia del Estado no puede vincularse a la acción de las voluntades individuales ni a una hipotética voluntad general como planteaba Rousseau, sino al hecho de la institución social corporativa cuya expresión es el Estado de Derecho, en virtud del cual las fuentes jurídicas gubernamentales se verían subordinadas al Derecho ya establecido. El Estado se constituiría así a partir de la reorganización de la nación a través de un proceso lento de adhesión que permitirá, en su momento, la

realización real de la voluntad general, y aquel Derecho establecido previo al Estado surgiría: materialmente, de la constante adaptación de las estructuras corporativas (fueren del tipo que fueren) a las realidades sociales; formalmente, de la transformación del "hecho" en "derecho" a partir de la presunción de que dicha adaptación se produce (a la vista de la duración pacífica de las estructuras corporativas).

De este modo, el Derecho "establecido" se configura como un Derecho escrito que, por añadidura, deviene consuetudinario, beneficiándose así tanto del valor de la costumbre como del valor de la ley. Sería precisamente este Derecho previo al Estado el que, mediante artificios de redacción, imitan las "Constituciones escritas" que como hemos apuntado anteriormente no son sino reconstrucciones artificiales de ese Derecho, adaptadas a las necesidades de movilidad y orden, de libertad y justicia, propias del Estado de Derecho.

Además, es importante insistir en que los procedimientos por los cuales se crea la ley serían para Hauriou indicios claros de la existencia de una verdadera *institución*, es decir, de un grupo social dotado de una cierta organización y una cierta permanencia. Entre estos procedimientos cobrarán especial relevancia aquellos que se denominan electorales, es decir, las operaciones representativas; y aquellos que llamamos parlamentarios, es decir, las operaciones legislativas, desde el momento que interesan a todos los miembros del grupo y preparan la adhesión de la nación a la ley votada por sus representantes.

Por tanto, podemos decir con Hauriou que:

"En el Estado considerado como una institución corporativa, el orden jurídico se organiza de modo realmente objetivo, gracias al equilibrio que se crea entre el derecho establecido y las fuentes del derecho, equilibrio que finalmente se cierra en el régimen constitucional con el estado derecho, es decir, con la subordinación de las fuentes

gubernamentales del derecho, al derecho establecido en la nación bajo la forma de estatuto. El equilibrio es objetivo, tanto en su elemento de derecho establecido dependiente de la ley de la inercia, como en el elemento de las fuentes del derecho que se limita a operaciones de carácter procedimental vinculadas a la propia vida de la institución social, pero a una vida puramente objetiva que no evoca en absoluto la intervención de la voluntad subjetiva de la persona moral" ³³⁶.

³³⁶ *"Dans l'État considéré comme une institution corporative, l'ordre juridique s'organise d'une manière véritablement objective, par l'équilibre qui se crée entre le droit établi et les sources du droit, équilibre qui s'achève finalement sous le régime constitutionnel en l'état de droit, c'est-à-dire, en la subordination des sources gouvernementales du droit, au droit établi dans la nation sous forme de statut. L'équilibre est objectif, soit dans son élément du "droit établi" qui relève de la loi d'inertie, soit dans l'élément des sources du droit qui se ramène à des opérations à procédure liées à la vie même de l'institution sociale, mais à une vie purement objectif qui n'évoque point l'intervention de la volonté subjective de la personne morale". M. HAURIOU, Principes de Droit Public, op. cit., pag. XIX.*

Terminaremos haciendo algunas consideraciones en relación al fenómeno de *la personificación moral de la institución objetiva preexistente*, que tanta importancia tiene en el pensamiento de Hauriou. En este sentido el autor reivindica la doctrina metafísica de Santo Tomás y a l igual que éste sostiene que el cuerpo, primeramente dotado de organización, contiene en potencia el alma y pasa su vida intentando convertirla en acto, es decir, realizarla³³⁷; del mismo modo Hauriou plantea que los órganos que conforman el cuerpo social son elementos objetivos que pertenecen a un organismo corporativo dotado de una existencia individual objetiva y que, por mediación de este organismo en su totalidad, entran en relación y alcanzan una existencia subjetiva bajo la forma de personalidad jurídica, siendo así que el fenómeno de la personificación es la prolongación del fenómeno de la organización.

³³⁷ Ver al respecto TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, op. cit., Tratado del gobierno del mundo, T. III (2º), Tratado del Hombre; E. GILSON, *Le Thomisme. Introduction á la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, J. Vrin, 1942; G.M. MANSER, *La esencia del Tomismo*, traducción española de V. García Yebra, Madrid, Instituto "Luis Vives" de Filosofía, 1953; F. COPLESTON, *El pensamiento de Santo Tomás*, traducción española de C. Frost, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

En virtud de esta noción, el Estado, en su desarrollo natural, comenzaría por no ser más que un organismo político o un cuerpo jurídico sin alma, para marchar enseguida hacia la personalidad subjetiva, tarea a la cual sirve el régimen constitucional.

Si con esta concepción metafísica de fondo retomamos ahora el contenido de la exposición, vemos que pueden enumerarse los elementos del organismo corporativo en un orden paralelo al del espíritu humano, de la siguiente manera:

- 1) **El estatuto corporativo:** Sería el elemento primordial de la realidad del ente corporativo ya que es la forma objetiva en que se va a organizar su originalidad diferencial, la cual subyace a cualquier similitud obtenida a partir de generalidades (es decir, a partir de la ley). El estatuto corporativo sería por tanto un elemento jurídico particularista, tal y como corresponde a su naturaleza consuetudinaria.

2) **La Ley:** Es, al contrario que el estatuto, el elemento de carácter general mediante el cual el ente corporativo toma conocimiento y se define a sí mismo a partir de las similitudes que lo caracterizan.

3) **El Gobierno:** Sería el elemento que viene a equilibrar las tensiones creadas por los dos anteriores.

Este orden corporativo, realizable en el Estado gracias al régimen constitucional, sería el único capaz de salvaguardar la realidad original y diferencial del cuerpo social respecto a la presión generalizadora de la ley. En el orden metafísico se correspondería en la modernidad con lo que Hauriou denomina "espiritualismo clásico", que consiste en un intento de sintetizar elementos tomados por un lado del racionalismo kantiano y por otro del empirismo fundamentalmente de Hume, con las correspondientes matizaciones.

En esta línea, la existencia objetiva individual se sitúa a modo de substrato como ente particular diferenciado, sobre el que operan tanto las leyes generales del entendimiento por las que el ser se piensa a sí mismo, como las leyes de la voluntad que rigen la acción. Con este planteamiento lo que se pretende es superar, de una parte, el racionalismo clásico cartesiano al que se critica su deriva hacia un subjetivismo infructuoso para la investigación; de otra, el empirismo positivista en sentido estricto, al que se objeta la importancia concedida al elemento volitivo en el movimiento de la acción, en vez de hacer primar el carácter estable de toda existencia³³⁸.

En última instancia, Hauriou se resiste a renunciar a la concepción moral de la sociedad. Según él, la sociedad sería un hecho moral y el problema esencial lo constituirían el bien y el mal. Consecuentemente, la Sociología debería proporcionar reglas de conducta, pero no puede hacerlo sino bajo una doble condición:

³³⁸ De este tema se ocupa Hauriou ampliamente en *Leçons sur le mouvement social dones a Toulouse en 1898*, op.cit.

primero, que constatare la existencia de una tradición social pujante que contiene la revelación de una moral; segundo, que se percata de que el progreso de la civilización va ligado al desarrollo de esta tradición. La Sociología debería pues proporcionar reglas de conducta partiendo para ello de aquellas otras que nos son reveladas por las tradiciones morales y religiosas.

Con esta resistencia Hauriou rompe y se opone de nuevo al positivismo estricto imperante a finales del siglo XIX, que bajo la influencia del monismo alemán proclama que la sociedad no es un hecho moral o, por lo menos, que la moral no reposa en la distinción entre el bien y el mal, y que no son admisibles para un estudio científico de la sociedad las creencias morales y mucho menos las de origen religioso. Este positivismo formula así su tabú contra la utilización de creencias religiosas bajo el pretexto de que no es científico, tabú que Hauriou contraviene al utilizar las creencias morales contenidas en la tradición judeo-cristiana.

Esta discrepancia le lleva al autor a situarse en el ámbito de un positivismo mucho más amplio, el de Comte³³⁹, y a definirse como un positivista comtiano convertido en positivista católico, es decir, como un positivista que utiliza el contenido social, moral y jurídico del dogma católico en nombre de la sociología misma.

Tampoco en el ámbito jurídico renuncia Hauriou a la concepción moral de la sociedad y por ello se adentra en él con la preocupación del que profundiza en el drama moral que le subyace, descrito por el autor como un antagonismo de fuerzas jurídicas de un lado, y

³³⁹ Ver fundamentalmente: A. COMTE, *Ouvres d'Auguste Comte. Cours de philosophie positive, Vols. IV, V, VI*, Paris, Anthropos, 1969; *ID.*, *Système de politique positive ou traité de sociologie, 4 Vols.*, Paris, Anthropos, 1970.

Otros autores que se han ocupado de la figura de Comte: J. STUART MILL, *Auguste Comte and positivism*, Michigan, University Press, 1965; R. ARON, *Las etapas del pensamiento sociológico, Vol. 1, Montesquieu-Comte-Marx-Tocqueville*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1981; P. ARNAUD, *La pensée d'Auguste Comte*, Paris, Bordas, 1969; J. Lacroix, *La sociologie d'Auguste Comte*, Paris, Presses universitaires de France, 1956; G. GURVITCH, *Tres capítulos de historia de la Sociología: Comte, Marx y Spencer*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1970; X. ZUBIRI, *Cinco lecciones de filosofía*, Madrid, Sociedad de estudios y publicaciones, 1963, pp. 117 a 162.

fuerzas políticas y económicas de otro, presentándose todas ellas en oposición y contradicción debido al carácter moral de las primeras frente al talante amoral de las segundas. Éstas últimas serían, según Hauriou, las fuerzas brutales que conciernen a la explotación o dominación del hombre sobre el hombre, tratándose en resumen de la lucha dramática de lo justo y lo injusto, que no es sino una variante de la lucha del bien y del mal.

Con esta perspectiva, el sistema jurídico tomado en su conjunto sería una especie de aparato de reordenación social, marcado por la complicación que le supone el tener que acudir a la fuerza política para obtener la fuerza propia del aparato represor que precisa. Sería pues un aparato potente respecto del cual convendría, sobre todo, estudiar la organización práctica con vistas a su función práctica. Por ello nos dice Hauriou haber *estudiado el Derecho administrativo como un sistema positivo de conducta destinado a reaccionar contra la arbitrariedad de la Administración; el Derecho constitucional como un sistema positivo de conducta destinado a reaccionar y a garantizar protección frente a los golpes*

de fuerza de los poderes políticos; la teoría jurídica del Estado como un sistema positivo de conducta más basto aún, destinado a reaccionar contra las brutalidades y las insuficiencias del poder del hombre sobre el hombre y, por ello, a garantizar y desarrollar la libertad. En este contexto podríamos resumir la postura de Hauriou con la siguiente cita:

"Me he colocado en plena experiencia. He considerado el aparato del Estado y del Derecho público como un aparato objetivo de combate que, teniendo en consideración el sentido subjetivo de lo justo, coopera en la reglamentación y reordenación de la vida social; he visto en él un organismo psicológico viviente y espontáneo. Buscando las condiciones de organización que mejor podían asegurar su espontaneidad orgánica a la vez que su adaptación al combate mediante el Derecho, me ha parecido que tales condiciones se ven realizadas en la organización corporativa del Estado identificada con la organización constitucional. La esencia de esta organización me ha

*parecido consistir en la soberanía del estatuto, soberanía mediante la cual se preserva para las instituciones fundamentales, dentro del límite del equilibrio corporativo, un lugar eminente subyacente en la ley escrita. De este modo, en efecto, obtenemos a la vez la garantía de la espontaneidad de las instituciones y la del equilibrio jurídico más perfecto que podemos imaginar, ya que está construido sobre la base del modelo de la personalidad humana"*³⁴⁰.

³⁴⁰ “ *Je me suis établi en pleine espérance. J’ai envisagé l’appareil de l’État et du droit public comme un appareil objectif de combat, coopérant avec le sens subjectif du juste au règlement et au redressement de la vie sociale; j’ai vu en lui un organisme psychologique vivant et spontané. Recherchant les conditions d’organisation qui pouvaient le mieux assurer sa spontanéité organique en même temps que son adaptation au combat pour le Droit, il m’a semblé que ces conditions étaient réalisées dans l’organisation corporative de l’État identifiée avec l’organisation constitutionnelle. L’essence de cette organisation m’a paru consister en la souveraineté du statut considérée comme restituant à des institutions fondamentales, dans la limite de l’équilibre corporatif, une place éminente au-dessus de la loi écrite ordinaire. Par là en effet, on obtenait à la fois la garantie de la spontanéité des institutions et celle de l’équilibre juridique le plus haut que l’on pût imaginer, puisqu’il était fourni par le type de la personnalité humaine”*. M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, op. cit., pg. XXVI.

De este modo queda enunciada la que puede considerarse como la aportación esencial de Hauriou al pensamiento jurídico, que en última instancia puede condensarse en dos puntos fundamentales, a saber: primero, que dentro de un sistema de legalidad, a la costumbre le correspondería el papel principal, aunque limitado, de crear una especie de supralegalidad a partir de la amalgama entre costumbre y ley; y segundo, que la categoría conceptual “personalidad jurídica” se reintroduciría en el Derecho público en calidad de forma, clase o tipo de organización.

IV- CONCLUSIONES

PRIMERA:

Sobre la emergencia y consolidación del Estado moderno; la concepción racional-formal o *legal* del Derecho y su evolución; la crisis del Estado moderno: Estado liberal y proceso de formalización del Estado.

El Estado moderno como institución de poder unitaria y centralizada, es el resultado de la ruptura de la unidad político-religiosa y del subsiguiente desmantelamiento de la Iglesia-Estado medieval, según presupuestos del proceso de racionalización de la gestión del poder que aboca, en última instancia, a una visión técnica del mismo en términos de orden externo garante de la seguridad según criterios de objetividad. Estos criterios, por su parte, son el resultado de aquel proceso de despersonalización que acompaña al de racionalización, confluentes ambos en un tipo de regulación según normas generales mediante instituciones y leyes.

El Derecho, por tanto, es objeto de una nueva concepción racional-formal o *legal* cuyo origen se sitúa en la voluntad de un Estado también racional, concepción a la cual vendrá inmediatamente asociado el problema de la legitimidad.

Esta consideración formal del Derecho implica la indagación del modo de subsumir las situaciones de hecho en los preceptos que contienen lo que idealmente vale como derecho, es decir, en el sistema lógico que constituye el sentido normativo lógicamente correcto que *debe* corresponder a toda norma jurídica, el cual se presenta como orden determinante de la conducta.

Por su parte, la dimensión de la validez empírica del orden jurídico o lo que es lo mismo, el complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real, aparecerá indisolublemente asociado a específicas garantías objetivas consistentes en la existencia de un aparato coactivo.

La vinculación de ambos ordenes se realiza desde una consideración propiamente jurídica, que junto con la administrativa y después la económica, marcan la historicidad de la forma de organización que constituye el Estado.

Centralización del poder, territorialidad y profesionalización de la organización política serán los tres elementos constitutivos del Estado moderno, depositario único del monopolio legítimo de la fuerza y por tanto soberano, que como fin en sí mismo encarna el poder en su totalidad, organizándose como aparato dotado de una estructura burocrática basada en el carácter impersonal y objetivo de las relaciones, que a partir de ahora se regulan mediante *instituciones*.

El Estado moderno se configura así como Estado administrativo dotado de una maquinaria burocrática, mediante la cual actúa según criterios de racionalidad y eficiencia en función de objetivos, acorde al modelo weberiano de *dominación legítima de carácter racional*

o *autoridad legal* cuyo fundamento primario de legitimidad descansa precisamente en el carácter formal de la legalidad.

La *constitución* de este Estado descansa en el hecho de la aceptación de aquel orden impersonal estatuido de modo racional en que consiste el Derecho, cuyo origen debe situarse en el poder mismo, y cuyo objetivo principal será aquel demandado fundamentalmente por un tercer estado o burguesía preocupado de la preservación de la paz social y la eliminación del conflicto social, con vistas a su promoción económica y política según criterios de racionalidad que marcarán la pauta al sistema económico capitalista, así como a la organización administrativa del Estado.

Por otra parte, y como consecuencia de la escisión entre las esferas de lo público (político) y lo privado (moral) propia del Estado moderno, resultante de la superación de la estructura social policéntrica medieval en la que el individuo es considerado principal o exclusivamente en su dimensión comunitaria (familiar, gremial o de otro tipo), acontece la afirmación rotunda del *sujeto*

como interlocutor directo del Estado, que reivindica para sí presencia política y traslada al espacio de lo privado su papel de súbdito como resultado del destierro de lo moral fuera de la realidad política.

Ese ámbito privado de la moralidad acabará gozando finalmente de cierta publicidad por obra de la burguesía que, no obstante, no llega a convertirlo en político. De este modo, las acciones políticas comenzarán a ser juzgadas desde la tribuna pública de la moral social que, bajo diferentes apariencias (salones, cafés, etc), irá conformando una *opinión pública* la cual se erige en valuarte de la razón y la crítica en nombre de aquella burguesía liberal que, al disponer del poder económico y moral, acabará consolidándose a lo largo del siglo XVIII. Será por esta vía de atribución de validez política de lo privado, que se irá fraguando la moderna sociedad civil como conjunto organizado de intereses privados, caracterizada en su interior por una diferenciación en clases sobre la base del nuevo modo de producción capitalista.

La realidad adoptará pues un carácter dual (Estado-sujeto) cuyo funcionamiento va a responder a una ley o principio fundamental, a saber, la racionalización de las funciones, que a su vez incorpora dos conceptos clave: uno de carácter formal, el concepto de aparato, que incluye el de institución; otro procedimental, que se refiere a la división del trabajo.

El análisis de esa realidad dual sujeto-Estado que halla su origen en la forma de organización del Estado moderno y cuya ley de funcionamiento es la racionalización de funciones, revela no obstante un cierto solapamiento en sus elementos, debido a que la racionalidad del sistema, es decir, la determinación de los fines, no va a descansar tanto en la individualidad del propio sujeto (tal como en un principio podría pensarse y como será reivindicado desde el liberalismo), como en la figura del Estado mismo que, presentándose como fin en sí mismo, atrae hacia sí toda pretensión de racionalidad. El individuo se ve entonces desplazado al ámbito de los medios, inmerso en procesos de racionalización al servicio de los fines que encarna el Estado y que lo resitúan como un eslabón

más en la cadena medios-fines, asistiendo ineludiblemente a la reconversión de su racionalidad en formas políticas y sociales vinculadas al aparato del Estado.

La crisis del Estado moderno acontecerá como consecuencia de las nuevas exigencias de recalificación política exigidas por las nuevas posiciones privadas, centradas principalmente en el cambio de signo del orden racional y técnico del Estado moderno ocupado casi exclusivamente en la preservación neutral de la paz social. En este sentido, se demandan desde el liberalismo connotaciones positivas más acordes a la realización de los propios intereses, y se critica en base a ello la concepción de Estado administrativo ofrecida por el Estado moderno, que aboca a una total y absoluta despolitización de la sociedad muy poco saludable y que nada tiene que ver, en última instancia, con aquel otro fenómeno de despersonalización de las relaciones políticas, en base al cual se había consolidado el principio de autoridad como premisa básica de una auténtica idea de libertad más allá del mero privilegio de clase.

En la base del proceso de superación y transformación del Estado absoluto se hallan por tanto, por un lado, los presupuestos estructurales de la acción liberal de la burguesía que identificamos en los espacios autónomos de la sociedad civil ocupados por el elemento crítico de la opinión pública; y por otro, el principio de la libertad de mercado.

Desde una perspectiva socioeconómica, el sustrato social dominante del Estado liberal estará constituido por una burguesía nacional imbricada en una estructura social estratificada en función de la reproducción del capital mercantil.

En este contexto, el nuevo concepto de orden estatal se va a presentar como *codificación* de los valores individuales, cuya validez descansa en la probabilidad de que los individuos orienten su conducta según la representación de ese tal orden como modelo de conducta o, más exactamente, como *deber ser*. La legalidad se convierte así en forma de legitimidad, y asistimos al proceso de formalización del Estado por el cual el *orden*, como codificación

racionalizada de derechos individuales, se personifica y encarna en el elemento legitimador del sistema. Este proceso de personificación conduce a la atribución al propio orden del carácter de depositario del monopolio legítimo de la fuerza y, por esta vía, el poder del Estado acaba encontrando su propia encarnación en el ordenamiento jurídico.

Codificación, formalismo y positivismo jurídico, constituyen la tríada de conceptos que, relacionados entre sí, forman parte de un proceso más amplio de formalización del Estado en virtud del cual se demandaban esquemas lógicamente indiscutibles y convencionales, de los que el principal será la ley, la norma jurídica.

SEGUNDA:

El constitucionalismo liberal y los límites al poder: separación de poderes y gobierno de la ley (los tipos de legalidad); la legitimación representativa del poder; individuo y contrato social: Hobbes, Locke, Rousseau y la crisis del Derecho natural.

El constitucionalismo liberal aborda la escena política situándose ante dos realidades de suyo existentes, a saber: el individuo (y el entramado social fruto de las relaciones interpersonales), y el Estado (que por el momento no absorbe aún la totalidad social). Con esta realidad dual como sustrato, procede al establecimiento de límites al poder para la preservación de los derechos individuales, disponiendo a tal efecto una serie de garantías que se inscriben bajo el principio de separación de poderes y que adoptan la forma de instrumentos o técnicas jurídicas diversas según el tiempo o la tradición de cada país, que no obstante pueden aglutinarse en torno al principio de *división del poder* por un lado, y de *gobierno de las leyes* y de la racionalidad del Derecho por otro. En función del primero se procede al establecimiento de un sistema de frenos a la acción del gobierno que deviene así políticamente responsable, cuya explicación teórica la encontramos fundamentalmente en los modelos elaborados por Montesquieu y Kant. Según el segundo, podrían citarse tres tipos diferentes de legalidad dentro del concepto genérico de Estado de Derecho, que

se relacionan directamente con las tres soluciones dadas históricamente a la limitación del poder, a saber: el *garantismo* en Francia, el *Rechtsstaat* en Alemania y el *rule of law* en Inglaterra.

En definitiva, puede decirse que el modelo clásico liberal de constitucionalismo no *constituye*, sino *limita*, porque la realidad política aparece ya constituida bajo la forma de Estado-aparato, de tal manera que tomando como fundamento el principio de autoridad heredado del Estado absoluto, el liberalismo se erige en valedor del principio de autolimitación del poder estatal a través del Derecho, a fin de garantizar los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

En el plano político, la legitimación liberal del poder estatal deviene representativa y por consiguiente, electoral. La tríada de conceptos sobre la que se hará girar el sistema será la siguiente: legitimidad – representación política y electoral – ley, teniendo en cuenta que el principio de libertad aparece referido no tanto a los grupos sociales como a los individuos singularmente considerados.

La afirmación liberal del *individuo* como sujeto en sí mismo considerado, junto con la nueva consideración del orden estatal como proyecto racional para la supervivencia y creciente bienestar, conducen directamente al concepto de *contrato social* como símbolo de la toma de conciencia por parte del sujeto de los condicionamientos materiales a que se halla sometida su vida en sociedad, así como de su capacidad para controlar, organizar y utilizar dichos condicionamientos en su propio beneficio. Lo definitivo en esta concepción es que parte de la consideración del individuo como sujeto moral libre que, mediante el acuerdo voluntario en que consiste el contrato social, decide obligarse políticamente.

Tomando como punto de partida la afirmación iusnaturalista de que las normas a que debe ajustarse el Derecho y el gobierno derivan de la naturaleza humana, Hobbes considerará que la naturaleza en general y por tanto también la naturaleza humana, consiste en un sistema de causas y efectos, siendo el mecanismo psicológico lo que la determina. La conducta social por tanto, como

caso particular de la conducta humana, sería el resultado de las acciones y reacciones recíprocas, y para conseguir una unión estable habría que indagar las causas que generan un tipo de conducta cooperativa. El Derecho natural tendría que responder a principios mecánicos y ajustarse al método científico conformando un sistema de normas según las cuales (suponiendo hipotéticamente una serie de condiciones causal y racionalmente determinadas cuyo referente sería un ser idealmente razonable que, plenamente consciente de todas las circunstancias y no afectado en absoluto por prejuicio o impulso alguno, buscase el beneficio propio y la propia seguridad), establecer un sistema moral y jurídico (una ley de la conducta humana) y fundar un gobierno estable. Las leyes de la naturaleza humana, formuladas en forma de preceptos o normas generales, serían pues las condiciones de la paz entre los hombres para la construcción racional de la sociedad según una consideración inteligente de medios-fines, operándose de este modo la conversión de los móviles psicológicos de la acción individual en preceptos jurídicos.

En este sentido, la condición primera de toda sociedad sería el cumplimiento de los pactos, el cual solo es posible esperar si existe un gobierno eficaz, capaz de castigar el incumplimiento, y depositario por tanto del poder coercitivo; es decir, una autoridad soberana o como Hobbes lo denomina un gran *Leviatán*, cuya única justificación será el mantenimiento de la seguridad y cuya legitimidad descansaría en su efectividad al respecto, no existiendo entonces otro fundamento racional para la obediencia que la presunción de que ésta arrojará como resultado una mayor ventaja que su contrario. Así, la existencia del cuerpo social se convierte en la existencia de sus autoridades constituidas y los derechos individuales lo son sólo por delegación. Cualquier aproximación a la idea de bienestar social como voluntad pública desaparece y en su lugar aparece idea de suma de intereses individuales. La sociedad es concebida como un mecanismo para garantizar un cierto nivel de seguridad y como un espacio para el intercambio de bienes, al servicio de sujetos individualmente considerados. El Estado queda reducido a mero artificio, útil en la medida en que cumple su función (garantizar la seguridad privada), y cualquier

gobierno resultará bueno siempre que sea capaz de conservar la paz y el orden. La moral y el Derecho no son sino meros subproductos de la voluntad del soberano y con este planteamiento se hace consistir el Derecho Civil en mandato imperativo sancionado con la amenaza del uso de la fuerza. El Derecho natural, en tanto que mero dictado de la razón, ni siquiera sería considerado *Derecho* sino en sentido figurado, visto que la esencia del *Derecho* reside en su carácter imperativo y coercitivo. En esta línea, sería su carácter civil lo que define a los derechos y, los mal llamados derechos naturales, no serían tales sino en la medida en que aparecen reconocidos en una norma de carácter civil más allá de la cual no gozan de realidad alguna. En buena lógica, la ley civil no puede entrar nunca en contradicción con la ley natural dado que ambas se hallan en distintos planos y, menos aún, podrá considerarse a la ley natural como límite a la autoridad del soberano según lo había expuesto Bodino, ya que antes bien, cualquier limitación de este tipo tendría que hallar su origen en el poder de los súbditos, en el ámbito civil.

Hobbes se presenta así como representante del individualismo total y como precedente ideológico del radicalismo filosófico de los utilitaristas. Su teoría del poder sienta las bases que marcan el pensamiento social y económico de los dos siglos posteriores, cuyos principales exponentes son el Estado liberal y el espíritu del *laissez-faire*.

Por su parte Locke, enlazando con la tradición del pensamiento político medieval que resulta decisiva para la gestación del constitucionalismo a lo largo del siglo XVIII por sostener la existencia de restricciones morales y consuetudinarias al poder, postula la responsabilidad de los gobernantes respecto a las comunidades por ellos gobernadas y defiende la subordinación del gobierno al Derecho, cuyo fin consiste efectivamente en garantizar el bienestar de la comunidad. La teoría formulada por Locke es la de un gobierno constitucional basado en la responsabilidad ministerial.

Locke recoge la concepción medieval de la sociedad según la cual se presume que en toda comunidad humana existe de suyo una auténtica dimensión social, y la expone en términos de interés individual, mientras que Hobbes considera tal suposición como una mera ficción montada a partir de la necesidad de los individuos de cooperar entre sí para obtener la mayor ventaja personal posible, cuya consecución requeriría un sometimiento absoluto al poder soberano.

El sustrato teórico de la teoría lockiana es la consideración de que la ley natural contiene un sistema completo de derechos y deberes que proporciona una regla de vida adecuada, y que tal ley, al estar por igual impresa en el espíritu de todos los hombres, convierte los derechos humanos en atributos del individuo racionalmente evidentes por sí mismo y anteriores a la sociedad. Esos derechos humanos naturales son la vida, la libertad y la propiedad entendida como extensión de la personalidad por el trabajo. El único defecto del estado de naturaleza sería la carencia de una organización para la puesta en práctica de las normas de

justicia, según lo cual, el Derecho positivo no vendría a añadir nada a las cualidades éticas de la comunidad ni a los derechos individuales (ni mucho menos los constituiría como pensaba Hobbes según su teoría del Derecho civil), y ningún gobierno podría conculcarlos.

Por consiguiente, es necesario constituir un cuerpo social en el que las claves del éxito y la riqueza sean la energía y capacidad individuales, y en el que el gobierno sea representativo y responsable por el consentimiento prestado, ya que todo poder civil deriva su existencia de esa legítima parcela de poder que cada hombre tiene por naturaleza y que se denomina *derecho*. Tal delegación supone que el consentimiento prestado al poder queda condicionado al cumplimiento de su cometido, a saber, preservar la vida, la libertad y la propiedad de cada individuo, constituyéndose en un modo de protección más adecuado que la acción directa de cada individuo.

Nos hallaríamos pues ante un pacto social sometido a condición, resultando además que el acuerdo de la comunidad respecto al contenido y cumplimiento de dicha condición, vendría propiciado por la asunción, en el momento del pacto, de la obligación de sometimiento a los acuerdos posteriores de la mayoría, de tal manera que el acuerdo de la mayoría quedaría equiparado al acuerdo unánime. Locke da así por supuesta la unanimidad para la firma del pacto social que constituye la comunidad, mientras que apela a la mayoría para decidir cómo gobernar esa comunidad. En este sentido puede decirse que es heredero de la idea hobbesiana de que la delegación de poder realizada por la comunidad para formar gobierno priva a los sujetos de dicho poder, y lo que él añade es el carácter fiduciario de ese gobierno que sólo conservará el poder en tanto en cuanto cumpla sus deberes. La responsabilidad del gobierno y el derecho de resistencia quedan así justificados.

La diferencia entre Hobbes y Locke respecto a Rousseau es que éste no admitirá el origen contractual de la sociedad, afirmando por el contrario una tendencia natural en el hombre a vivir en

comunidad. Rousseau entiende la sociedad como si se tratase de una persona moral dotada de voluntad propia, de una voluntad *general* que será la fuente del Derecho. El único pacto que Rousseau acepta es aquel en virtud del cual se pone en funcionamiento ese cuerpo político que ya existe de manera natural, es decir, aquel por el que se organiza la convivencia y que tendría una función meramente explicativa (en absoluto constitutiva como sostienen Hobbes y Locke).

La crisis del Derecho natural acontecerá con la crisis del patrón racional del bien intrínseco, que conduce a la negación de los derechos naturales como evidentes por sí mismos. La teoría del Derecho natural es sustituida por una concepción utilitarista del valor moral, político y económico encabezada por Hume y seguida por el utilitarismo francés, que acaba por situar el interés egoísta como principio primero de conducta de las ciencias morales: lo bueno es lo que conduce al interés y lo moral es lo que conduce al interés general; el patrón racional de conducta es el interés y la moralidad se reduce a la coordinación de intereses. Coordinar el

interés particular con el general, es decir, la felicidad particular con el bienestar público en términos de interés económico, será la nueva tarea del legislador.

TERCERA:

Rousseau y la doctrina de la igualdad, democracia y generalidad política; la fundamentación moral kantiana de la generalidad; Kant y la nueva fundamentación positiva de la moral autónoma: voluntad y lenguaje, la libertad como contenido de la conciencia; legalidad y legitimidad: la constitución civil perfecta; el fundamento formal de *moral*, *política* y *Derecho*: la razón práctica; el problema de la generalidad en el pensamiento liberal y su relación con la Teoría general del Derecho: el principio trascendental del Derecho público; economía, política y consenso: crisis de la concepción liberal del Derecho y del Estado como consecuencia de la ruptura de la unidad total de la sociedad y de las limitaciones lógico lingüísticas derivadas de la relación

**generalidad-abstracción; el constitucionalismo postliberal:
organización, institución y Administración.**

La crítica del liberalismo tradicional, tanto del de los utilitaristas como del de los iusnaturalistas, la realiza Rousseau al contraponer a la inteligencia racional los sentimientos, las emociones y los instintos que hacen a los hombres iguales por naturaleza, y que conduce a una doctrina de la igualdad que, en principio, prácticamente no presta atención ni al *individuo* ni a la *libertad individual*. Para Rousseau, el egoísmo racional ilustrado basado en el cálculo de la ventaja individual como medida del valor del grupo social no es un motivo moral (y en esto Kant estará de acuerdo), sin embargo la sujeción política debe ser esencialmente ética y la comunidad el valor moral más elevado. El gran problema del sujeto político rousseauiano es el de la desigualdad civil y los derechos del ciudadano, y la solución la encontramos *por convención* y *Derecho* en ese pacto fundamental que substituye la igualdad natural por una igualdad moral y legítima, y que basado en condiciones universales de legitimidad, nace de la voluntad general

que es anterior al Estado, dando vida al *pueblo* como cuerpo político soberano dotado de personalidad colectiva.

Lo *legítimo* en Rousseau debe entenderse como lo *democrático*, y lo democrático como lo *general* vinculado a los conceptos de razón y voluntad, no de mayoría. También Locke parte de los conceptos de razón y voluntad y es precisamente este dato el que marca la diferencia de ambos respecto a otros autores como Smith o Bentham para quienes la voluntad tiene más que ver con el deseo y con un principio de placer que con la razón, connotando así lo *general* como lo mejor para los más posibles, en sede de una voluntad preocupada no ya por encontrar un principio de gobernabilidad sino por el bienestar del mayor número. Por otra parte, la consecución de ese bienestar entendida desde el deseo y no desde la virtud conducirá directamente al concepto de *mercado*.

Podría definirse el intento de teorización de lo *general* acometido por Rousseau como “drama constituyente de la

generalidad de la voluntad”, y prueba de ello es que finalmente acaba por esbozar un tratado sobre la religión civil.

Esta fundamentación política de la generalidad llevada a cabo por Rousseau, se torna fundamentación moral en Kant. Este último trasladará a la conciencia lo que Rousseau encuentra en la sociedad, es decir, el principio de causación según un fin universal de la humanidad, de tal manera que lo legítimo lo hallará antes que nada en la propia conciencia individual. El concepto de legalidad se relaciona según Kant con el ámbito de la pura formalidad externa que le proporciona el imperativo categórico, el cual sólo sabe de *leyes universales*; hallando en el imperativo hipotético su traducción a *normas generales* y en el espacio de la legitimidad su campo de acción. La legitimidad sería pues una noción de carácter interno consistente, en última instancia, en la reflexión de la razón acerca de la coacción.

La consecuencia es que mientras Rousseau hacía coincidir lo legítimo con lo legal, para Kant la ley no puede ser nunca de suyo

legítima sino que su legitimidad residirá en el cumplimiento de la misma, es decir, en el acto por el cual el sujeto se convierte él mismo en legislador.

Rousseau coloca el mundo de la moral ante la conciencia humana y lo disciplina, Kant hará de ello su objeto de estudio. Rousseau le proporciona la materia al rescatar para el hombre el principio de autonomía de la ley, Kant le dará *forma*. Con este precedente, Kant recupera la metafísica situándola como fundamento mismo de la moral y la ley ética, indagando en lo inteligible y expulsando cualquier vestigio de lo suprasensible para encontrar una nueva fundamentación positiva de la moral autónoma.

En este contexto la idea de voluntad general rousseauiana se relaciona con el concepto nouménico de libertad kantiano, constituyendo ambos los únicos espacios posibles para la construcción de la realidad moral. Mientras la primera se construye a partir de la consideración sentimental o emocional del sujeto y a

partir de ésta constituye políticamente la comunidad como persona moral o *moi común*; el segundo, el concepto nouménico de libertad kantiano, es fruto de la razón práctica y anuncia el espacio de acción del sujeto.

La filosofía kantiana inaugura un tipo de sujeto que se relaciona con el mundo según presupuestos de su voluntad subjetiva y, más concretamente, según leyes de la razón, de una razón que se ha hecho autónoma desvinculándose de lo real que aparece como entidad nouménica cuya única forma de explicitarse es a la luz de las reglas del entendimiento y de las leyes racionales que convierten el mundo de la moralidad en un espacio ordenado y al sujeto en un ser *legal* que como tal procede a aprehender el mundo. Con esta perspectiva, el primer acto de ese ser legal, moral y libre será la negación (coacción) del principio de necesidad natural, pero por otra parte, el hombre necesita suponer ciertos fines en la naturaleza para entenderla; tales fines se los asigna entonces la propia voluntad (legisladora) según el funcionamiento causativo del entendimiento. Esta traslación al plano de la razón de un principio de necesidad de

carácter finalista, es precisamente lo que genera la exigencia de encontrar en el ámbito de la voluntad un cierto orden necesario, planteándose entonces el problema de casar libertad y necesidad, problema que Kant resuelve en el imperativo categórico y que encontrará solución a la luz de la única forma posible de necesidad que le ofrece el lenguaje.

La relación sujeto-objeto, cualquiera que éste sea, partiría así de un sujeto que determina dicho objeto mediante las reglas del lenguaje, en sentido contrario al de la relación natural que planteara Aristóteles al respecto. Como consecuencia, se opera una completa transformación en las estructuras lingüísticas que adquieren un carácter decididamente finalista, intencional, carácter que desde luego no halla su origen en la naturaleza sino en el propio discurso explicativo. Suponemos entonces una cierta intencionalidad en el lenguaje que desplaza toda presunción de un hipotético plan o una supuesta finalidad impresa en la naturaleza, antes bien, dicha finalidad habrá que buscarla en el discurso y en la propia voluntad del sujeto. Ese discurso, operativo según reglas que sirven de

instrumento de determinación a nuestra voluntad, marca el corte con lo real y lo resitúa. La relación realidad- lenguaje aparece ahora puesta en la voluntad, quedando lo real como el elemento vacío y por llenar de la predicación, es decir, como pura posibilidad formal. Lenguaje y realidad no coinciden, la voluntad los hace coincidir, y dado que ésta sólo se puede expresar lingüísticamente es así como construye el mundo.

Kant hace desaparecer la relación analógica natural que según Aristóteles guardan entre sí el *ser* y el *decir*, y que éste recoge en la conocida afirmación *el ser se dice de muchas maneras*. Para Kant dicha relación depende de una voluntad (y por tanto de un lenguaje) intencional. En este sentido, antes de *decir* habría un *querer decir*, y el individuo antes de *ser* sería un *querer ser* que mediante el lenguaje, intencionalmente, se construye desde su vacía individualidad o, dicho de otro modo, desde su posibilidad formal, lo cual nos abre el espacio de la libertad como contenido de la conciencia. El individuo se relaciona así con su libertad a través del

discurso, es decir, lingüísticamente, y lingüísticamente la construye y confiere realidad.

En la medida en que esto es así, el objeto de la investigación deberá orientarse a la búsqueda del método que garantice la consistencia del discurso.

Por otra parte, como facultad individual el lenguaje necesita para existir de la condición colectiva, considerando lo colectivo como representación cuya dimensión lingüística sería la sintaxis, es decir, las reglas comunes del lenguaje. Por su parte, el *habla*, consistente en la realización del lenguaje, estaría contenida en éste que abarca todas las posibilidades de aquella. Porque el lenguaje no es sino posibilidad ahistórica que se realiza históricamente, sus reglas son sincrónicas, mientras que las del habla serían diacrónicas. Ahora bien, no podríamos pensar el uno sin la otra aunque analíticamente podamos separarlos.

Con esta perspectiva, y en la medida en que decíamos que el hombre es un *ser legal*, puede afirmarse que en la estructura social su fundamento subjetivo es también el orden, y en última instancia, la creación del Derecho. Entonces, la sociabilidad deberá consistir en un acto de la propia subjetividad por el que se hace común lo que es propio de cada uno; y así, la noción de comunidad aparece en la conciencia del sujeto de manera tan perfecta que ningún objeto externo podría mejorar su condición. En base a este argumento, sostiene Kant que la cultura no puede reducirse exclusivamente a instrucción pública sino que, antes bien, debe consistir en la realización interior del sujeto porque que pueden cambiar las creencias pero no así la razón

Partiendo del concepto nouménico de libertad que, desde la razón práctica, nos abre el campo de acción para el sujeto, Kant explica la constitución de la sociedad civil según presupuestos de una constitución civil perfecta capaz de conciliar el principio interno de legitimidad moral y el externo de legalidad, la máxima libertad y la más exacta determinación de los límites de la misma de

modo que no interfiera con la de los demás, porque sólo en una sociedad así puede realizarse el hecho ideal de la autoconciencia moral del hombre que es su destino; destino cuyo cumplimiento, unido al desarrollo de la especie humana como especie moral, confluyen en una idea de progreso que no es sino la determinación en el ámbito cosmopolita del imperativo categórico, del mismo modo que la idea de contrato lo es en el ámbito social. Y es que para Kant la naturaleza interna de la persona y también de la comunidad es finalística y cualquier sujeto debe gozar de la posibilidad de realizarse como tal (como fin en sí mismo considerado) desplegando todas sus capacidades; para ello debe garantizársele el derecho de autodeterminación moral que no es sólo un derecho sino una condición de la personalidad. A esta necesidad intentarán dar respuesta, de un modo u otro, las sociedades y Estados de corte liberal.

Partiendo de esa idea de contrato originario como determinación del imperativo categórico en el ámbito de lo social, Kant deriva directamente el concepto de constitución civil perfecta por él

denominada *constitución republicana* (cuyos fundamentos vendrán a coincidir con los principios inspiradores del Estado liberal), en virtud de la cual se instituye aquel Estado *civil y legal* al que el sujeto debe obligatoriamente pertenecer, dado que por su sociabilidad se ve abocado a ingresar en una constitución civil política y a depender de leyes externas que constituyen la garantía de su seguridad.

Esta Constitución, sólo alcanzable por *representación*, coincide con el modelo de Constitución liberal y recoge el modo en que el Estado debe hacer uso de su poder, es decir, funda una determinada *forma de gobierno*. Es una Constitución republicana porque el republicanismo, a diferencia del despotismo, es el principio político de la separación entre el poder ejecutivo y el legislativo, base sobre la cual se sustenta el principio representativo como principio de gobernabilidad que, por otra parte, negaría según Kant toda forma de democracia fundada en un poder ejecutivo en el que todos deciden sobre uno (incluso contra uno), convirtiendo al legislador en ejecutor y viceversa, y asimilado erróneamente el concepto de

voluntad pública al de voluntad privada. Porque sólo una voluntad unida universalmente legisladora, que sería un *a priori* dotado de realidad práctica objetiva, puede contener en sí misma todos los poderes en virtud de un principio de *identificación*; pero una tal voluntad *soberana* sólo encuentra su proyección práctica por *representación*, y según cómo se produzca esta representación nos hallaremos ante una u otra de las tres posibles formas de Estado: autocracia, aristocracia o democracia.

Es importante prestar atención al hecho de que dicha conexión entre la voluntad soberana y su concreción efectiva es posible en el pensamiento kantiano porque se opera desde un ámbito meramente formal, por eso, cuando hablamos de *identificación* es preciso matizar que dicho concepto debe entenderse siempre bajo la perspectiva de *como si* se identificase. En última instancia, Kant reconduce el problema de la relación entre materia y forma al ámbito de lo meramente formal para poder establecer relaciones que de otro modo no serían posibles. En este intento resuenan ecos de aquel aristotelismo que resuelve en la existencia del *ser* la

problemática de la unión entre materia y forma y que Kant, quizás el último aristotélico, tratará de superar en una ardua tarea en la cual empeña su vida y su obra.

El pensamiento kantiano ofrece por tanto un principio de gobernabilidad basado en la representación que obliga a caracterizar la Constitución civil perfecta, primero, como Constitución de lo social en cuanto que civil; segundo, como acto de la voluntad general por el cual una multitud se convierte en pueblo, en cuanto que Constitución política; y tercero, como garante de la dependencia jurídica en cuanto que Constitución civil y política perfecta.

Esta Constitución estaría compuesta de dos partes diferenciadas: una dogmática, que contendría los derechos y libertades fundamentales; y una orgánica que se ocuparía de la división del poder, estableciéndose la relación entre ambas según un principio de representatividad cuyo contenido sería jurídico y técnico político. Este esquema de Constitución, típicamente liberal, se

enfrenta a la dificultad de conjugar una idea de voluntad general absolutamente racional, con una dimensión social de la naturaleza humana cuya característica principal es la insociable sociabilidad, lo cual plantea una serie de problemas teóricos y de técnica política que la teoría liberal intenta resolver mediante la fórmula del equilibrio técnico sin llegar a entrar realmente en ellos.

Podemos concluir por tanto, que el problema de la constitución de un Estado contiene tres elementos teóricos, a saber, una antinomia social; una necesidad histórica de poder político; y por último, un componente racional. En esta tríada, la razón debe utilizar la naturaleza humana como medio para un fin que es el Derecho, sabiendo no obstante que medio y fin son contradictorios. Así, mediante esta técnica, los hombres se ven constreñidos a aceptar la coacción como fórmula para la convivencia pacífica en un Estado, y la política se convertiría en el arte de utilizar los mecanismos naturales como medio para gobernar a los hombres, arte que estaría indisolublemente vinculado al concepto del Derecho como condición limitativa. De este modo, colocando en primer

plano la cuestión de cómo transformar los mecanismos naturales en medios para un fin (la idea del Derecho) a través de la técnica política, ésta exige una fundamentación más allá de su propia tecnicidad, a saber, en una idea de Derecho fundada a su vez en una voluntad objetiva, libre e independiente. Por consiguiente, la moral funda el Derecho y éste regula la política, constituyéndose este esquema en el mecanismo fundamental del Estado y de la ciencia social liberal. Moral-política-Derecho sería la tríada kantiana a la que subyace el problema clave de cómo los hombres, a partir de su mecanismo natural, pueden tener una posibilidad teórica de ser libres; y de cómo esa posibilidad se puede hacer práctica, teniendo además en cuenta que no cabe plantear conflicto alguno entre teoría y práctica, es decir, entre la política como aplicación de la doctrina del Derecho y la moral como teoría de esa doctrina, porque si como hemos dicho resulta necesario unir el concepto del Derecho a la política y elevarlo a la altura de condición limitativa de la misma, entonces debe admitirse que es posible armonizar ambas esferas. Si no existiera una ley moral fundada en la libertad, la política sería la única sabiduría práctica y el Derecho un

pensamiento vano. Dicho de otro modo, si teoría y práctica se hallasen en conflicto, la moral dejaría de ser voluntad objetiva para convertirse en doctrina de la prudencia. Para conciliar moral y política, el principio moral de la razón práctica fundado sobre la libertad exterior (obra de tal modo que tu máxima deba convertirse en ley universal), debe preceder al principio material o fin de la voluntad. La única oposición imaginable entre ambas esferas sería de tipo subjetivo, provocada por la natural inclinación egoísta de los hombres. Hoy en día los elementos de este esquema han cambiado por completo y el Derecho toma su sentido de la individualidad económica, tal como pone de manifiesto Max Weber.

En última instancia, el problema que subyace a las teorías del Estado liberal es cómo resolver o encauzar la cuestión de la *generalidad*, tanto desde un punto de vista formal como material. Que hablar de generalidad equivale a hablar de unidad, es la aportación que se toma de la teología, a la cual el pensamiento liberal añade el concepto de voluntad subjetiva para ocuparse de la *generalidad* como unidad de *voluntades*, de donde emergen las

diferentes teorías del contrato (Hobbes, Locke, Rousseau, etc), así como una teoría general del Derecho cuyo fundamento descansa entonces en un concepto de generalidad cuyo referente inmediato es la *voluntad* y por ende la *subjetividad*, de donde la tríada kantiana moral-política-derecho y el principio trascendental del Derecho público como principio formal cognoscible a priori, que pone como condición de toda pretensión jurídica justa, el reconocimiento general de las máximas que rigen las acciones referentes a los derechos del hombre, y cuya positivización por medio de la publicidad concordaría con el Derecho y la política y con el fin general del Derecho público: la felicidad; constituyendo la única base posible para la unión de los fines particulares de todos, es decir, para la creación de una unidad colectiva (no distributiva) de la voluntad, capaz de instituir una unidad total de la sociedad civil y por ende una Constitución, cuyo fundamento reposaría en una voluntad universal a priori independiente.

Si se tiene en cuenta ahora que toda esta teorización aparecerá inscrita en el espacio amplio de la escisión entre economía (interés)

y política (voluntad), y que en esta escisión la economía se irá identificando cada vez más con un mundo de intereses independientes de la voluntad subjetiva, se puede concluir que también el concepto de generalidad acabará por depender no ya de la subjetividad sino del interés, dando paso a las teorías del consenso. Es la crisis de la concepción liberal del Derecho y del Estado, y lo que podemos denominar el problema democrático del constitucionalismo liberal.

En este contexto, el constitucionalismo actual se forja a partir de dos hechos históricos de primera magnitud: primero, que a partir de la revolución francesa la organización estatal, el Estado, irá ocupando paulatinamente todas y cada una de las parcelas de la racionalidad individual; segundo, la generación de nuevas relaciones económicas como consecuencia de la revolución industrial que supondrán una transformación profunda de la sociedad liberal, transformación que conducirá al completo disloque de los paradigmas del constitucionalismo clásico. Lo económico pasa así a ocupar el primer plano en detrimento de lo político y, con

la misma lógica económica, el poder pasa a autolimitarse utilizando para ello medios objetivos, a saber: la *organización*, transformada gradualmente en *institución*, capaz de por motivos de organización crear obstáculos jurídicos a los cambios de voluntad.

Dos serán entonces los ejes fundamentales en torno a los cuales se plantea la crisis del constitucionalismo liberal y la emergencia del constitucionalismo postliberal: primero, la unidad total de la sociedad liberal; segundo: las limitaciones lógicas y lingüísticas para la abstracción.

Respecto al primero, la crisis del modelo y del planteamiento de la Constitución liberal se producirá como consecuencia de la crisis del concepto de unidad total de la sociedad, en relación con la ruptura de los límites del uso público de la razón, y de esta situación de crisis emerge el constitucionalismo post-liberal como respuesta a la disociación entre individuo y sociedad. El punto clave de la crisis es, en última instancia, la no admisión de una unión de los individuos en el *pueblo* y por tanto de un poder constituyente con

capacidad constituyente (en virtud del uso público de la razón); antes bien, se comenzará a hablar de la *nación*, que es la mistificación (no la unión) del pueblo, y el poder constituyente se convertirá en poder constituido. No se trata tanto de que desaparezca el sujeto constituyente (éste sigue existiendo bajo otra forma), como de que este sujeto va a trabajar a partir de ahora para un poder al que podríamos denominar constituyente-constituido. En otros términos, lo sucedido es que la síntesis realizada por Kant entre la legitimidad del sujeto (directamente relacionada con la ley moral) y el poder como coacción legítima, quiebra a partir del momento en que una nueva idea de individuo viene a subsumir en la *organización* aquella subjetividad, dando vida a un nuevo concepto de individualidad a la que podemos denominar *organizada* o *administrada*. En este sentido, la corrección o más bien la transformación realizada por el liberalismo sobre los presupuestos kantianos, consiste en la conversión del elemento formal de la legalidad (el cual subsume, según Kant, el hecho material de la generalidad), en mero procedimiento, relativizando el elemento material (la voluntad general) en función del elemento

formal. En última instancia, el problema jurídico subyacente consiste en cómo relacionar las formas sociales de la individualidad con los problemas jurídicos de organización.

En cuanto al segundo motivo de crisis del modelo liberal de Constitución, a saber, las limitaciones lógicas y lingüísticas planteadas por la relación generalidad-abstracción, la explicación reside en el hecho de que el lenguaje, entendido desde presupuestos kantianos como forma de la generalidad, es decir, como única forma posible de aparición de una realidad que sólo a la luz de las reglas del entendimiento puede explicitarse, se verá desbordado por las nuevas exigencias de un principio de abstracción que sobrepasa los límites de la generalidad hegemónica.

La evolución y transformación del concepto de Constitución desde el Estado liberal al Estado social pasará por la reutilización de una técnica liberal cuya principal característica es haber perdido toda conexión con el elemento de la subjetividad como ente de razón, es decir, una técnica que deja fuera toda relación de carácter

constitutivo entre ente de razón y constitución del hecho social, para centrarse exclusivamente en relaciones de tipo regulativo normativo que miran más a la organización del hecho social que a su constitución propiamente dicha. El carácter constituyente de las Constituciones liberales residía en la parte dogmática de las mismas, es decir, en las declaraciones de derechos como principios limitadores del poder, cuya garantía “constitucional” gozaba no obstante de un carácter meramente político por su vinculación al principio de representación política, mientras que su garantía jurídica había que buscarla en el Derecho penal. De esta manera, lo constituido consistía en la regulación de los límites al poder y la limitación del hecho político se operaba desde la legalidad.

Por su parte, las Constituciones “postliberales”, reutilizando esta técnica, van a poner en relación lo constituido con el hecho administrativo, cambiando de signo su contenido regulativo: lo constituido interesa en cuanto a su administración, no en cuanto a su regulación propiamente dicha, de modo que el hecho constituyente regulativo es absorbido por el poder ejecutivo

(rompiéndose la distinción entre parte orgánica y parte dogmática de la Constitución), y el Parlamento se convierte en órgano administrativo dependiente del poder ejecutivo que absorbe a todos los demás desde la Administración, desde una Administración cuya base es por lo demás esencialmente económica. Asistimos así a la destrucción de la unidad técnica del principio de legalidad y a la aparición de nuevas relaciones del tipo Ley- Reglamento, Decreto ley o Ley orgánica. Asimismo, los derechos y libertades pierden su carácter “anterior” al ser considerados parte integrante de lo constituido y no de lo constituyente.

CUARTA:

Maurice Hauriou y los problemas constitucionales del postliberalismo; el poder político como fenómeno de organización corporativa y su repercusión en el principio de representación; Constitución e Institución, justicia y orden social; el Estado como personificación jurídica; los fundamentos del Derecho público: orden jurídico objetivo y *personificación*; la concepción moral de la sociedad y su

oposición al positivismo; el nuevo formalismo: supralegalidad y organización.

La aportación de Maurice Hauriou al Derecho constitucional se analiza como especificidad e inicio de los problemas constitucionales del postliberalismo, tomando la Tercera República francesa como marco jurídico positivo en el que se inscribe su teoría jurídica y se plantean sus problemas técnicos. Con la atención puesta en los cambios acaecidos en el modelo constitucional y su repercusión en el concepto de ley y derecho en el plano jurídico, y de representación política y separación de poderes en el ámbito político, Hauriou sostiene que a lo largo de la lucha histórica entre las instituciones consuetudinarias y la ley escrita se pone de manifiesto un enérgico retorno de las instituciones, y que sólo a partir de este hecho resulta posible explicar el régimen constitucional.

Con este planteamiento, estudia el Estado como fenómeno especial, determinado y limitado en el tiempo y en el espacio,

partiendo de la consideración de que una comunidad aparece como Estado en el momento en que se instaura en ella un *régimen civil* cuya implicación fundamental es la separación tajante entre poder político de dominación y propiedad privada, y por tanto, entre vida pública y vida privada. En este contexto, el poder político adquiere el carácter de empresa pública apareciendo como un fenómeno de organización corporativa.

Este proceso pone de manifiesto un giro clarísimo en el fenómeno de la representación, consistente en el hecho de que los individuos pasan paulatinamente de verse representados en la costumbre a sentirse representados en el Estado, a través de las Instituciones y sobre todo a través del imperio de la ley.

Ahora bien, si el fenómeno de la representación popular se vaciara por completo de contenido consuetudinario, se correría el peligro de caer en la revolución por un exceso de confianza en la discusión y en el imperio de la ley escrita, es decir, por el mayor peso de las fuerzas de cambio respecto a las de estabilidad. En tal

caso, el remedio vendría de la mano del régimen constitucional, mediante la extracción artificial a partir de la ley escrita de las mismas garantías que de manera natural producen las instituciones consuetudinarias. El modo de conseguir semejante objetivo sería actualizando aquellas leyes consideradas solemnes, las reputadas superiores a las demás, *como si* hubieran sido consagradas por una larga costumbre; y consagrando sobre la base del carácter fundante de esas leyes, las instituciones fundamentales del Estado corporativo.

Se trata en última instancia de *imitar* a la costumbre a través de la redacción solemne de Constituciones escritas, generando así la convicción en la supremacía de unas determinadas instituciones fundamentales a las que se acabarían subordinando tanto las leyes ordinarias como el Derecho gubernamental, lo cual daría lugar a esa estabilidad suficiente para hacer cesar cualquier posible brote revolucionario pero no tan absoluta como para constituir el detonante de eventuales revoluciones.

Por otra parte, la reconstrucción de las instituciones sobre la base del estatuto corporativo del Estado le permite a Hauriou definir la justicia como la fuerza ordenadora de un medio de existencia organizado, despojándola de su frío carácter de abstracción. La organización social corporativa, imbuida de esta noción de justicia y equilibrada por el régimen constitucional, constituiría finalmente el tipo más elevado de organización posible y así, del mismo modo que el derecho del pueblo se constituía en principio revolucionario, el derecho de la corporación nacional organizada, cuyos individuos son miembros participantes, se constituye en principio constitucional. Ahora bien, no se trata de asignar a esa corporación nacional un carácter sobrehumano y trascendente porque son los propios individuos particularmente considerados los participantes en el Estado

El texto constitucional de este modo generado, no obstante su especial relevancia, no deja de ser un elemento puramente jurídico conforme a la noción corporativa de justicia, es decir, el estatuto jurídico de un Estado que se contempla como personificación

jurídica de la nación; personificación que se opera en un proceso de centralización de la individualidad política y económica de la nación, cuyo objetivo es constituir un capital de fuerzas e ideas organizadas con el que, mediante su puesta a disposición de un Gobierno central y a través de la diversificación y especialización racional del trabajo, se obtenga el mayor grado de eficiencia y libertad posible en la gestión del interés general, sin olvidar que dicho objetivo de profundización en la potencia organizativa debe permanecer subordinado al principal y más importante de profundización en la libertad y la justicia.

Este proceso centralizador generaría un estado de confianza en lo *público*, que al final resulta operativo como elemento aglutinador al permitir al individuo reconocerse en el cuerpo común *nación* haciéndose presente en él, y representarse en el Estado a través de su estatuto jurídico, o sea, de la *Constitución*.

Es importante destacar el hecho de que no hay personas morales preexistentes cuya voluntad ordene la organización del Estado, sino

que el proceso centralizador mencionado organiza un cierto tipo de personalidad corporativa fundamentada en la libertad y la justicia.

Por su parte, tanto el régimen de Estado como el Derecho público hallarán su fundamento en un orden de cosas anterior que se ha ido conformando de suyo mediante la puesta en funcionamiento de actividades elementales. Este orden de cosas, que va a configurar la organización del Estado, no surge por tanto de los decretos de la voluntad subjetiva de una persona moral preexistente. Lo que ocurre es que para asegurar su libertad política frente al empuje del órgano volitivo (Gobierno), el Estado se configura como una individualidad corporativa (personificación), sirviéndose para ello de los siguientes procedimientos:

4. Organización representativa del Gobierno
5. Separación de poderes y descentralización
6. Elaboración de un estatuto constitucional

Con este esquema organizativo, tanto la soberanía gubernamental como la legislativa se ven subordinadas a la soberanía del estatuto constitucional, lo cual no debe inducir a error respecto al hecho de que la soberanía (al igual que el poder) es un fenómeno de suyo indivisible de tales características que, al hablar de formas de soberanía (o de separación de poderes) no se alude a otra cosa que a técnicas de control, en base a lo cual puede concluirse que nos hallamos ante el fenómeno de la soberanía limitándose a sí misma.

El interés principal de M. Hauriou se centraría en determinar los fundamentos de la construcción del Derecho público, que en última instancia pueden resumirse en dos: el *orden jurídico objetivo* (anterior a la persona moral) y la marcha hacia la *personificación*.

En relación con el orden jurídico objetivo el propio autor matiza la teoría del contrato social de Rousseau. En este sentido hay que señalar que si bien ambos parten de la idea común de un momento fundacional objetivo y, por tanto, de la no preexistencia de persona

moral alguna; mientras para Rousseau ese momento fundacional objetivo lo constituye el *contrato social*, para Hauriou descansa sobre el concepto de *institución corporativa*. La diferencia sería la siguiente:

Si el momento fundacional adopta la forma de contrato social, entonces el establecimiento del Derecho y del Estado es únicamente el efecto de las voluntades individuales contratantes, y la ley como fuente del Derecho es la expresión de la voluntad general. El error de esta argumentación sería, si nos atenemos al planteamiento de Hauriou, considerar la ley como expresión de la voluntad general, cuando en realidad se trata de la expresión de la voluntad de una mayoría parlamentaria o electoral que si bien puede resultar más o menos representativa (ya que se ha gestado en el seno de una organización legislativa), no difiere en su fundamento del mandato del Príncipe si no es por una cuestión de grado. La cuestión que se plantea inmediatamente es cómo justificar la autoridad de esta Ley así concebida, cómo justificar su imposición a todo el grupo incluso mediante el uso de la fuerza. La explicación residiría en la

necesidad del grupo de funcionar unido ante el peligro de amenaza sobre su propia existencia, lo cual, de ningún modo llevaría a la identificación de las fuentes del Derecho con la voluntad general; antes bien, la necesidad de someter la independencia individual a la preservación de la existencia del grupo, convertiría al principio de autoridad en el eje rector del proceso de creación del Derecho.

Si por el contrario, el momento fundacional descansa en la constatación de que no hay un solo momento en la historia del Estado en que no exista un Derecho ya establecido en la nación con carácter previo a cualquier fenómeno jurídico de nueva creación, entonces, la existencia del Estado no puede vincularse a la acción de las voluntades individuales ni a una hipotética voluntad general como plantea Rousseau, sino al hecho de la institución social corporativa cuya expresión es el Estado de Derecho, en virtud del cual las fuentes jurídicas gubernamentales se verían subordinadas al Derecho ya establecido. El Estado se constituiría así a partir de la reorganización de la nación a través de un proceso lento de adhesión que permitirá, en su momento, la realización real de la

voluntad general, y aquel Derecho establecido previo al Estado surgiría: materialmente, de la constante adaptación de las estructuras corporativas a las realidades sociales; formalmente, de la transformación del "hecho" en "derecho" a partir de la presunción de que dicha adaptación se produce a la vista de la duración pacífica de las estructuras corporativas.

El Derecho "establecido" se configura entonces como un Derecho escrito que, por añadidura, deviene consuetudinario, beneficiándose así tanto del valor de la costumbre como del valor de la ley. Sería precisamente este Derecho previo al Estado el que, mediante artificios de redacción, imitan las "Constituciones escritas" que no son sino reconstrucciones artificiales de ese Derecho, adaptadas a las necesidades de movilidad y orden, de libertad y justicia, propias del Estado de Derecho.

Por otra parte, los procedimientos mediante los cuales se crea la ley serían según Hauriou indicios claros de la existencia de una verdadera *institución*, es decir, de un grupo social dotado de una

cierta organización y una cierta permanencia. Entre estos procedimientos cobran especial relevancia aquellos que se denominan electorales, es decir, las operaciones representativas; y aquellos llamados parlamentarios, es decir, las operaciones legislativas, desde el momento que interesan a todos los miembros del grupo y preparan la adhesión de la nación a la ley votada por sus representantes.

En relación al fenómeno de *la personificación moral de la institución objetiva preexistente*, al que tanta importancia concede Hauriou, se reivindica la doctrina metafísica de Santo Tomás de modo que partiendo de la consideración tomista de que el cuerpo, primeramente dotado de organización, contiene en potencia el alma y pasa su vida intentando convertirla en acto, es decir, realizarla; Hauriou plantea que los órganos que conforman el cuerpo social son elementos objetivos que pertenecen a un organismo corporativo dotado de una existencia individual objetiva y que, por mediación de este organismo en su totalidad, entran en relación y alcanzan una existencia subjetiva bajo la forma de personalidad jurídica,

resultando que el fenómeno de la personificación sería la prolongación del fenómeno de la organización. En virtud de esta noción, el Estado, en su desarrollo natural, comenzaría por no ser más que un organismo político o un cuerpo jurídico sin alma, para marchar enseguida hacia la personalidad subjetiva, tarea a la cual sirve el régimen constitucional.

A partir de esta concepción metafísica, podrían enumerarse los elementos del organismo corporativo en un orden paralelo al del espíritu humano, de la siguiente manera:

- 4) *El estatuto corporativo*, como la forma objetiva en que se organiza la originalidad diferencial del ente corporativo, la cual subyace a cualquier similitud obtenida a partir de generalidades (es decir, a partir de la ley). Sería por tanto un elemento jurídico particularista, tal y como corresponde a su naturaleza consuetudinaria.

5) *La Ley*, como elemento de carácter general mediante el cual el ente corporativo toma conocimiento y se define a sí mismo a partir de las similitudes que lo caracterizan.

6) *El Gobierno*, como elemento de equilibrio de las tensiones creadas por los dos anteriores.

Este orden corporativo, realizable en el Estado gracias al régimen constitucional, sería el único capaz de salvaguardar la realidad original y diferencial del cuerpo social respecto a la presión generalizadora de la ley. En el orden metafísico se correspondería en la modernidad con el "espiritualismo clásico", que trata de sintetizar elementos del racionalismo kantiano y del empirismo de Hume.

En este contexto, la existencia objetiva individual es considerada por Hauriou como un ente particular diferenciado, sobre el que operan tanto las leyes generales del entendimiento por las que el ser se piensa a sí mismo, como las leyes de la voluntad que rigen la

acción. Con este planteamiento pretende superar, de una parte, el racionalismo clásico cartesiano al que se critica su deriva hacia un subjetivismo infructuoso para la investigación; de otra, el empirismo positivista en sentido estricto, al que se objeta la importancia concedida al elemento volitivo en la deriva de la acción, en vez de hacer primar el carácter estable de toda existencia.

Hauriou se resiste en definitiva a renunciar a la concepción moral de la sociedad. La sociedad sería un hecho moral cuyo problema esencial lo constituirían el bien y el mal. Consecuentemente, la Sociología debe proporcionar reglas de conducta, pero tiene que hacerlo bajo una doble condición: primero, constatando la existencia de una tradición social pujante que contiene la revelación de una moral; segundo, considerando que el progreso de la civilización va ligado al desarrollo de esta tradición.

Con esta resistencia Hauriou rompe y se opone de nuevo al positivismo estricto imperante a finales del siglo XIX, que bajo la influencia del monismo alemán proclama que la sociedad no es un

hecho moral o, por lo menos, que la moral no reposa en la distinción entre el bien y el mal, y que no son admisibles para un estudio científico de la sociedad las creencias morales y mucho menos las de origen religioso. Este positivismo formula así su tabú contra la utilización de creencias religiosas bajo el pretexto de que no es científico, tabú que Hauriou contraviene al utilizar las creencias morales contenidas en la tradición judeo-cristiana.

Esta discrepancia sería la que le lleva a situarse en el ámbito de un positivismo mucho más amplio, el de Comte, y a definirse como un positivista comtiano convertido en positivista católico, es decir, como un positivista que utiliza el contenido social, moral y jurídico del dogma católico en nombre de la sociología misma.

Tampoco en el ámbito jurídico renuncia Hauriou a la concepción moral de la sociedad y por ello se adentra en él con la preocupación del que profundiza en el drama moral que le subyace, descrito como un antagonismo de fuerzas jurídicas de un lado, y políticas y económicas de otro, que se oponen y contradicen debido al carácter

moral de las primeras frente al talante amoral de las segundas que serían, según Hauriou, las fuerzas brutales que conciernen a la explotación o dominación del hombre sobre el hombre, tratándose en resumen de la lucha dramática de lo justo y lo injusto como variante de la lucha del bien y del mal.

Con esta perspectiva, el sistema jurídico sería una especie de aparato de reordenación social, marcado por la complicación de tener que acudir a la fuerza política para obtener la fuerza propia del aparato represor que precisa. Sería pues un aparato potente respecto del cual convendría, sobre todo, estudiar la organización práctica con vistas a su función práctica. Por ello Hauriou estudia el Derecho administrativo como un sistema positivo de conducta destinado a reaccionar contra la arbitrariedad de la Administración; el Derecho constitucional como un sistema positivo de conducta destinado a reaccionar y a garantizar protección frente a los golpes de fuerza de los poderes políticos; la teoría jurídica del Estado como un sistema positivo de conducta más basto aún, destinado a reaccionar contra las brutalidades y las insuficiencias del poder del

hombre sobre el hombre y, por ello, a garantizar y desarrollar la libertad.

En definitiva, la aportación esencial de Hauriou al pensamiento jurídico, como ejemplo de lo que cabría denominar *nuevo formalismo*, podría resumirse en dos puntos fundamentales:

- Primero, que dentro de un sistema de legalidad a la costumbre le corresponde el papel principal, aunque limitado, de crear una especie de supralegalidad a partir de la amalgama entre costumbre y ley.
- Segundo, que la categoría conceptual “personalidad jurídica” se reintroduce en el Derecho público en calidad de forma, clase o tipo de organización.

V- BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, A. M.: *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992.
- AGAPITO SERRANO, R. DE: *Libertad y división de poderes: el contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Tecnos, D.L., 1989.
- AGUSTÍN, SAN: *La ciudad de Dios*, introducción de F. J. Fortuny, trad. del latín de J. C. Díaz de Beyral, Orbis, Barcelona, 1985.
- ALBERTINI, M. (et al.): *L'idée de nation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969.
- ALBERTINI, P.: *Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels française*, París, L.G.D.J., 1977.
- ALTHUSISUS, J.: *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, traducción del latín, introducción y notas críticas de P. Mariño, presentación de A. Truyol y Serra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- ALTHUSSER, L.: *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Seuil, 1972.
- ANTONETTI, G.: *Histoire contemporaine politique et social*, Paris, P.U.F., 3ª Éd., 1994.
- AQUINO, TOMÁS DE: *Sto. Tomás de Aquino, Escritos políticos, selección de textos e introducción por A. Passerin d'Entreves*, adaptación española de C. Folache Zapata, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

- AQUINO, TOMÁS DE: *Summa Theologiae, Tratado de la Justicia, Tomo VIII*, texto latino de la edición crítica Leonina, traducción y anotaciones por F. Barbado Viejo, introducción general por S. Ramírez, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.
- ARANGIO-RUIZ, V.: *Historia del Derecho romano*, traducción española de F. de Pelsmaecker e Iváñez, Madrid, Reus, D.L., 1994.
- ARENDT, H.: *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, introducción y edición a cargo de R. Beiner, Barcelona, Piados, D.L., 2003.
- ARNAUD, P.: *La pensée d'Auguste Comte*, Paris, Bordas, 1969.
- ARON, R.: *Las etapas del pensamiento sociológico, Vol. 1, Montesquieu-Comte-Marx-Tocqueville*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1981.
- ASHLEY, P.: *Le pouvoir central et les pouvoirs locaux: Angleterre, France, Prusse, États-Unis, traduit de l'anglais avec une préface de l'auteur par L. Martín*, Paris, Marcel Girad, 1920.
- AZEMA, J. P. et WINOCK, M.: *Naissance et mort. La Troisième République*, Paris, Pluriel, 1978.
- BACOT, G.: *Carréde Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, París, C.N.R.S., 1985.
- BAINVILLE, J.: *La Troisième République, 1870 – 1935*, Paris, Arthème Fayard et Cie. Éditeurs, 1935.
- BARRON BASKIN, J.: *Storia della finanza d'impresa*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2000.
- BARTHE, L.: *Compendio de Historia civil y constitucional de Inglaterra*, discurso preliminar de M. Pedregal, Madrid, Imp. de F. Maroto e Hijos, 1879.

- BARTHÉLEMY, J.: *L'Introduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1904.
- BARTHÉLEMY, J.: *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Girard et Brière, 1906.
- BARTHÉLEMY, J. et DUEZ, P.: *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933.
- BASTID, P.: *El constitucionalismo francés a mediados del siglo XIX*, en *El Constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, D.F., Centenario de la Constitución mexicana de 5 de Febrero de 1857, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957.
- BASTID, P.: *L'idée de constitution*, París, Económica, 1985.
- BASTIT, M.: *Naissance de la loi moderne: la pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.
- BATAILLE, G.: *Lo que entiendo por soberanía*, introducción de A. Campillo, trad. española de P. Sánchez Orozco y A. Campillo. Piados, Barcelona, 1996.
- BECCARIA, C.: en *Dei delitti e delle pene*, Obras completas, Vol. I, Milano, Mediobanca, 1984.
- BENTHAM, J.: *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1948.
- BENTHAM, J.: *An introduction to the principles of morals and legislation*, edición de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- BENTHAM, J.: *First principles preparatory to constitutional Code*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

- BERGARECHE, A.: *Partidos políticos y Constitución material*, este trabajo forma parte del proyecto docente del autor.
- BERNHARD, J.; LEFEBVRE, Ch. y RAPP, F.: *L'époque de la Réforme et du Concile de Trente*, Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, Tome XIV, Édition Cujas 1990, París, 1989.
- BEYME, K. von: *Los partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España, 1986.
- BIANCA, M.: *Dalla natura alla società: saggi sulla filosofia politico-sociale di Thomas Hobbes*, Venezia, Marsilio, 1979.
- BIDET, J. y TEXIER, J.: *Liberalisme, société civile, état de droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.
- BLANCO VALDÉS, R.L.: *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- BOBBIO, N.: *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, Torino, G. Giappichelli, imp., 1969.
- BOBBIO, N.: *Due concetti di libertà nel pensiero politico di Kant*, en *Studi in onore di E. Crosa*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1960.
- BOBBIO, N.: *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, versión española de C. Bayón, Madrid, Debate, 1985.
- BOBBIO, N.: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunita, 1972.
- BOBBIO, N.: *Locke e il Diritto naturale*, Torino, G. Giappichelli, 1963.

- BOBBIO, N.: *Il positivismo giurídico: lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal dott. Nello Mora, Torino, G. Giappichelli, 1996.
- BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1995.
- BOBBIO, N.: *Società e Stato nella Filosofia política moderna: modelo giusnaturalistico e modelo hegeliano-marxiano*, Milano, Il saggiatore, cop., 1979.
- BOBBIO, N.: *Teoria generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, cop., 1993.
- BOBBIO, N.: *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, copyr., 1989.
- BODIN, J.: *Les six livres de la République: un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583; édition e présentation de Gérard Mairet*, Paris, Librairie Générale Française, cop. 1993.
- BONNARD, R.: *Les règlements des Assamblées législatives de la France depuis 1789*, Paris, Sirey, 1926.
- BONFANTE, P.: *Storia del Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1958-1959.
- BONNECASE, S.: *Une nouvelle mystique: la notion d'institution*, recogido en *Revue Générale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, 1931-32.
- BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo: siglos XV-XVIII. Tomo 2, Los juegos del intercambio*, Madrid, Alianza, D.L., 1984.
- BRUNIALTI, A. (dir.): *Della cosiddetta teoria organica dello Stato, en Biblioteca di scienze politiche: scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze Politiche, Vol. 6, Lo stato secondo il diritto ossia, la giustizia nell'amministrazione política, diretta da Attlio Brunialti*, Torino, Unione Tipografico, 1890.

- BRYCE, J.: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BURDEAU, G.: *Droit constitutionnel*, 24^a Éd. Par F. HAMON et M. TROPER, Paris, L.G.D.J., 1995.
- BURDEAU, G.: *Traité de science politique*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- BURY, J. B.: *The idea of progress: an inquiry into its origin and growth*, introducción de Ch. A. Beard, New York, Dover, cop., 1960.
- CALASSO, F.: *I glossatori e la teoria della sovranità: studi di Diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 1957.
- CANTILLÓN, R.: *Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general*, prefacio y traducción española de M. Sánchez Sarto, con un estudio de W. Stanley Jevons, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- CAPRARIIS, V. de y AMATO, T.: *Il liberalismo europeo nell'Ottocento*, Milano, Garzanti, 1963.
- CARNELUTTI, F.: *Teoria generale del Diritto*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
- CARONI, P.: *Saggi sulla storia della codificazione*, recogido en la publicación periódica *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giurídico moderno*, nº 51, Milano, Giuffrè, 1998.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol., Paris, Sirey, 1920-1922.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: *La loi: expresión de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875; préface de Georges Burdeau*, París, Económica, 1984, reproducción facsímil de la edición de París, Librairie du Recueil Sirey, 1931.

- CARSTENS, R. W.: *The medieval antecedents of constitutionalism: Thomás Aquinas, John of Paris, Jean Gerson*, New York, Peter Lang, 1992.
- CASSIRER, E.: *Kant, vida y doctrina*, traducción española de W. Roces, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- CASSIRER, E.: *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, 1946.
- CASSIRER, E.: *El problema del conocimiento en la filosofía y en la ciencia modernas, Vol. I: El renacer del problema del conocimiento. El descubrimiento del concepto de la naturaleza. Los fundamentos del idealismo (1979); Vol. II: Desarrollo y culminación del racionalismo. El problema del conocimiento en el sistema del empirismo. De Newton a Kant. La filosofía crítica (2000); Vol. III: Los sistemas postkantianos (1993); Vol. IV: De la muerte de Hegel a nuestros días (1998)*, traducción española de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CATTANEO, M.: *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione Francese: atti del Colloquio internazionale, Milano, 1-3 Ottobre 1990*, Milano, Giuffrè, 1992.
- CHABOD, F.: *L'idea di nazione*, a cura di A. Seita, E. Sestan, Bari, Laterza, 1962.
- CHANTEBOUT, B.: *Droit constitutionnel et Science politique*, Paris, A. Colin, 12^a Éd., 1995.
- CHASTENET, J.: *Histoire de la Troisième République, I. – L'enfance de la République, 1870–1879*, Paris, Hachette, 1952.
- CHENEVIÈRE, M. E.: *La pensée politique de Calvin*, Genève, Slatkine reprints, 1970.
- CHEVALLIER, J. J. et CONAC, G.: *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 8^a Éd., 1991.

- CIPOLLA, C. M.: *Historia económica de la Europa preindustrial*, traducción española de E. Benítez, Madrid, Alianza, 1992.
- CLEMENT, P.: *Lettres, instructions et mémoires de Colbert*, Liechtenstein, Nendeln, Kraus Reprint, 1979.
- CLOUGH, S. B. y COLE, Ch. W.: *Economic History of Europe*, Boston, Heath, 1947.
- COLBERT, J. B.: *Mémoires sur les affaires de finances de France pour servir à l'histoire*, en la obra de D. Dessert, *Colbert ou le serpent venimeux*, Bruselas, Ed. Complexe, 2000.
- COLE, Ch. W.: *Colbert and a century of French mercantilism*, New York, Columbia University Press, 1939.
- COLEMAN, D. C.: *Revisions in mercantilism*, London, Methuen, 1969.
- COMTE, A.: *Ouvres d'Auguste Comte. Cours de philosophie positive, Vols. IV, V, VI*, Paris, Anthropos, 1969.
- COMTE, A.: *Système de politique positive ou traité de sociologie, 4 Vols.*, Paris, Anthropos, 1970.
- CONGAR, Y.: *L'Église. De S. Agustín à l'époque moderne*, Les éditions du Cerf, París, 1970.
- CONSTANT, B.: *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiées sur le gouvernement représentatif, 2 vols.*, introducción y notas de E. Laboulaye, Paris, Librairie de Guillaumin, 1861.
- CONSTANT, B.: *De la liberté chez les modernes: écrits politiques*, Paris, Hachette, D. L. 1989.
- COPLESTON, F.: *El pensamiento de Santo Tomás*, traducción española de C. Frost, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

- CORRADINI, D. y PALOMBELLA, G.: *Unità e sapere del soggetto*, Milano, Giuffré, 1983.
- COSTA, P. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. 1, Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma, Laterza, 1999.
- COTTERET, J. M.: *Gouvernants et gouvernés: la communication politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1973.
- COURCELLE–SENEUIL, J.G.: *L'héritage de la révolution: questions constitutionnelles*, Paris, Guillaumin, 1872.
- CROSSICK, G.: *The petite bourgeoisie in Europe 1780-1914: enterprise, family and independence*, London, Routledge, cop., 1995.
- CUNNINGHAM, W.: *An essay on Western civilization in its economics aspects. Vol. 2, Medieval and modern times*, Cambridge, At the University Press, 1923.
- DELEUZE, G.: *La philosophie critique de Kant: doctrine des facultés*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.
- DESLANDRES, M.: *Histoire constitutionnelle de la France*, 3 vol., Paris, A. Colin et Sirey, 1932 – 1937.
- DESSERT, D.: *Colbert ou le serpent venimeux*, Bruselas, Ed. Complexe, 2000.
- DICEY, A. V.: *Introduction to the study of the law of the Constitution*, introducción de E. C. S. Wade, London, McMillan & Co., 1961.
- DICEY, A. V.: *Lectures on the relation between law & public opinion in England during the nineteenth century*, prefacio de E. C. S. Wade, London McMillan & Co., 1962.
- DOGLIANI, M.: *Costituente (potere)*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV edizione, Torino, Utet, 1990.

- DOGLIANI, M.: *L'evocazione del potere costituente*, en *Il Ponte*, n° 6, 1996.
- DOGLIANI, M.: *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei*, en *Idee di rappresentanza e sistemi elettorali in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di P. L. Ballini, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, Venecia, 1997.
- DOGLIANI, M.: *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Agnelli, 1982.
- DOGLIANI, M.: *Introduzione al Diritto Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- DOGLIANI, M.: *Il potere costituente*, Torino, Giappichelli, 1986.
- DOGLIANI, M.: *Potere costituente e potere costituito*, en *Alternative*, n° 4, 1996.
- DOGLIANI, M.: *Il sistema costituzionale*, en *Guida all'Italia contemporanea. Istituzione Politiche e forma di governo*, diretta da M. Firpo, N. Tranfaglia, P. G. Sunino, Milano, Garzanti, 1998.
- DOUFOUR, A.: *La conception de la personnalité morale dans la pensée de M. Hauriou et ses fondements philosophiques*, en *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 11/12, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1982/83.
- DUCLOS, P.: *L'évolution des rapports politiques depuis 1750; préface de B. Mirkine Guetzevich et M. Prelot*, Paris, Presses Universitaires de France, 1950.
- DUGUIT, L.: *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, Paris, Éd. De Boccard, 1923.

- DUGUIT, L.: *Soberanía y libertad: lecciones dadas en la Universidad de Columbia, New York*, traducción española y prólogo de J. García Acuña, Madrid, Francisco Beltrán, 1924.
- DUGUIT, L.: *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., Paris, de Boccard, 1927 – 1928.
- DUGUIT, L.: *La transformación del Estado*, traducción española de A. Posada, Madrid, Francisco Beltrán, 1908.
- DUGUIT, L.: *Les transformations du Droit Public*, Paris, Colin, 1913.
- DUGUIT, L. et MONNIER, H.: *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, L.G.D.J., 1932.
- DUHAMEL, O.: *Histoire constitutionnelle de la France*, Paris, Seuil, 1995.
- DUHAMEL, O. et MÉNY, Y.: (sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992.
- DUQUE, F.: *De la libertad de la pasión a la pasión de la libertad: ensayos sobre Hume y Kant*, Valencia, Natan, 1988.
- DUVERGER, M.: *Constitutions et documents politiques*, Paris, P.U.F., 12^a Éd., 1991.
- DUVERGER, M.: *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1982.
- DUVERGER, M.: *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1969.
- DUVERGIER, J. B.: *Collection complete des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, à partir de 1788*, Paris, Guyot et Scribe, puis Sirey.
- EISENMANN, Ch.: *La justice constitutionnelle et la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche*, con prefacio de Kelsen, Paris, Economica, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, imp. 1986.

- ELIAS, N.: *El proceso de la civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, traducción española de R. García Cotarelo, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ELIAS, N.: *La sociedad de los individuos*, traducción española de J.A. Alemany, Barcelona, Península, 2000.
- ELLUL, J.: *Histoire des institutions, t. V. – Le XIX siècle*, Paris, P.U.F., 1979.
- ESMEIN, A. et NEZARD, H.: *Éléments de droit constitutionnel française et comparé. Tom. I: La liberté moderne, principes et institutions*, Paris, Sirey, 1927.
- ESMEIN, A. et NEZARD, H.: *Éléments de droit constitutionnel français et comparé, 2 vol.*, Paris, Sirey, 1927.
- EVANS, J.: *Monastic life at Cluny: 910–1157*, Archon Books, 1968.
- FABBRI, P.: *La svolta semiótica*, Roma, Laterza, 1998.
- FAIRBAIRN, A. W.: *Calvin and the Reformed Church*, en *The Cambridge Modern History, vol. II, The Reformation, cap. XI*.
- FERGUSON, A.: *An essay on the history of civil society 1767*, introducción de D. Forbes, Edinburgh, University Press, 1978.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho público romano y recepción del Derecho romano en Europa, España e Iberoamerica*, Madrid, Civitas, 2002.
- FIORAVANTI, M.: *Appunti di storia delle Costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, cop., 1995.
- FIRPO, L. (dir): *Storia delle idee politiche, economiche e sociali, vol. 4: l'Età moderna, T. I*, a cargo de N. Bobbio, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987.
- FISICHELLA, D. (antología a cura di): *La rappresentanza política*, Milano, Giuffré, 1983.

- FOUCAULT, M.: *Historia de la locura en la época clásica*, traducción española de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FOUCAULT, M.: *La crisis de la razón*, edición preparada por F. Jarauta, Murcia, Universidad, D.L. 1986.
- FOUCAULT, M.: *¿Qué es la Ilustración?*, traducción y prólogo de S. Mattoni, Córdoba, Argentina, Alción, cop. 1996.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, traducción española de A. Garzón del Camino, Madrid, Siglo Veintiuno de España, 2000.
- FRACANZANI, M. M.: *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello stato*, Padova, CEDAM, 2000.
- FRAENKEL, E.: *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di L. Ciaurro e C. Forte, Torino, G. Giappichelli, cop., 1994.
- FRANKEL, Ch.: *The faith of reason: the idea of progress in the French Enlightenment*, New York, King's Crown Press, 1948.
- FREUD, S.: *El malestar en la cultura y otros ensayos*, traducción española de R. Rey Ardid, L. López Ballesteros y de Torres, Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- FUENTESECA, P.: *Lecciones de Historia de Derecho romano*, Madrid, Unión Gráfica, 1978.
- FUZIER-HERMAN, E.: *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, Librairie de A. Maresq Ainé, 1880.
- GABBA, E.: *Sociedad y política en la Roma republicana: (siglos III-I a. C.)*, Pisa, Pacini, cop., 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 2 vol., Madrid, Civitas, 2002.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Civitas, 1998; *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea: la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Madrid, Taurus, 1981.
- GARCÍA LÓPEZ, E.: *El Estado constitucional ante su “momento maquiavélico”*, Madrid, Civitas, 2000.
- GARCÍA MÁYNEZ, E.: *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993.
- GARCÍA MORENTE, M.: *La filosofía de Kant: una introducción a la filosofía*, Madrid, Espasa-Calpe, 1975.
- GARMENDIA DE CAMUSSO, G.: *Thomas Hobbes y los orígenes del Estado burgués*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1973.
- GAUDEMET, J.: *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Ed. Montchrestien, París, 1994.
- GICQUEL, J.: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 14^a Éd., 1995
- GIERKE, O. VON: *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche: contributo alla storia della sistematica del Diritto*, a cura di A Giolitti. Torino, Einaudi, 1974.
- GIERKE, O. VON: *Natural law and the theory of society: 1500 – 1800*, trad. inglesa e introducción de E. Baker. Cambridge, University press, 1950.
- GIERKE, O. VON: *Teorías políticas de la Edad Media*, introducción de F. W. Maitland, trad. española de Julio Irazusta, Buenos Aires, Ed. Huemul, 1963
- GILSON, E.: *Introduction a l'étude de Saint Agustín*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1969.

- GILSON, E.: *Le Thomisme. Introduction á la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, J. Vrin, 1942.
- GNEIST, R. VON: *Der Rechtsstaat*, Berlin, Julius Springer, 1872.
- GNEIST, R. VON: *Lo stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, traducción italiana de I. Artom, Bologna, Nicola Zanichelli, 1844.
- GOGUEL, F.: *La politique des partis sous la III République*, Paris, Seuil, 1946.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GONZÁLEZ LEÓN, R.: *El debate sobre el capitalismo en la sociología alemana. La ascesis en la obra de Max Weber*, edición a cargo de A. Bilbao, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1998.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La filosofía del Estado en Kant*, Tenerife, Universidad de La Laguna, 1952.
- GOUGH, J. W.: *John Locke's political philosophy: eight studies*, Oxford, Clarendon Press, 1974.
- GOUGH, J. W.: *The social contract: a critical study of its development*, Oxford, Clarendon Press, 1957.
- GOUNELLE, M.: *Introduction au droit public française*, Paris, Montchrestien, 2ª Éd., 1990.
- GOYARD-FABRE, S.: *Jean Bodin (1529-1596) et sa politique philosophique*, Paris, Ellipses, cop.,1999.

- GROCIO, H.: *De iure belli ac pacis; Del derecho de la guerra y de la paz*, 4 Vols., traducción española del original latino por J. Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, *Prolegomena*, sec. 6.
- GROTIUS, H., *De jure belli ac pacis*, publicada por vez primera en 1625. Existe traducción al castellano: *Del Derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por J. Torrubiano Ripoll. Madrid, Reus, 1925.
- GUCHET, Y.: *Histoire constitutionnelle de la France (1789 – 1974)*, Paris, Economica, 3ª Éd., 1993.
- GUIZOT, F.: *Histoire de la civilisation en Europe: depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la révolution française*, Paris, Didier et cie., 1856.
- GURVITCH, G.: *L'idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, París, Sirey, 1931.
- GURVITCH, G.: *Tres capítulos de historia de la Sociología: Comte, Marx y Spencer*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1970.
- HÄBERLE, P.: *Libertad, igualdad y fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, prólogo de A. López Pina, traducción española de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, D.L., 1998.
- HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en término de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*, versión del alemán de A. Doménech, Barcelona, Gustavo Gili, D.L., 1982
- HALEVY, D.: *La fin des notables*, Paris, Grasset, 1930.
- HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J.: *American State papers. The federalist*, Chicago, Encyclopedia Britannica, 1984.

- HAMILTON, E. J.: *El florecimiento del capitalismo: ensayos de Historia económica*, Madrid, Alianza, 1984.
- HANOTAUX, G.: *Histoire de la France contemporaine 1871–1900*, 4 vol., Paris, Combet, 1908.
- HARRISON, R.: *Hobbes, Locke and confusion's masterpiece: an examination of seventeenth-century political philosophy*, Cambridge (U. K.), New York, Cambridge University Press, 2003.
- HAURIOU, M.: *La crise de la Science social*, Revue du Droit Public et de la Science Politique, Tomo I, 1º año, 1894.
- HAURIOU, M.: *Étude sur la décentralisation*, Paris, Paul Dupont, 1892.
- HAURIOU, M.: *Leçons sur le mouvement social dones a Toulouse en 1898*, Paris, L. Larose, 1899.
- HAURIOU, M.: *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, en *Revue Generale de Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, Tomo XXII, Paris, E. de Boccard, 1898.
- HAURIOU, M.: *Philosophie du droit et Science sociale*, Revue du Droit Public et de la Science Politique, Tomo XII, 6º año, 1899.
- HAURIOU, M.: *Prècis élémentaire de droit administratif*, 4ª Ed., Paris, Sirey, 1937
- HAURIOU, M.: *Précis de Droit Administratif*, 11ª Ed., Paris, Sirey, 1927.
- HAURIOU, M.: *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª Ed., Paris, Sirey, 1929.
- HAURIOU, M.: *Principes de Droit Public*, 2ª Ed., Paris, Recueil Sirey, 1.916.
- HAURIOU, M.: *La Science social traditionnelle*, Paris, L. Larose, 1896.

- HAURIUO, M.: *Aux sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris, Librairie bloud & gay, 1933.
- HAURIUO, M.: *La Souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, extraído de *Recueil de Législation de Toulouse, 1912, deuxième série, Tome VIII*.
- HAURIUO, M.: *La théorie de la institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, en Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, 1925, Paris, Bloud et Gay. Hay traducción española de A. E. Sampay: *La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1968.
- HAUSHOFER, K.: *De la géopolitique*, Paris, Fayard, c1986.
- HEARNSHAW, F. J. C.: *The Social and Political Ideas, vol. II. Of some great mediaeval thinkers of the Renaissance and the Reformation. A series of lectures delivered at King's College University of London*, New York, Barnes&Noble, 1949.
- HECKSCHER, E. F.: *La época mercantilista: Historia de la organización y las ideas económicas desde el final de la Edad Media hasta la sociedad liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- HEERS, J.: *Les partis et la vie politique dans l'Occident medieval*, Paris, Presses Universitaires, 1981.
- HEIDEGGER, M.: *La pregunta por la cosa: la doctrina kantiana de los principios trascendentales*, versión castellana y notas de E. García Belsunge y Z. Szankay, Buenos Aires, Memphis, cop., 1992.
- HELVETIUS, C. A.: *De l'esprit*, Francia, Fayard, cop., 1988.
- HELLER, H.: *Gouvernés et Gouvernants, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Vols. XXIV, XXV, XXVI y XXVII, Éditions de la Librairie encyclopedique, Bruxelles, 1966.

- HELLER, H.: *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, traducción y estudio preliminar de M. De la Cueva, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- HELLER, H.: *Teoría del Estado*, prólogo de Gerhart Niemeyer, trad. española de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, 1ª ed., 13ª reimp.
- HINSLEY, F. H.: *El concepto de soberanía*, trad. española de F. Morera y A. Alandí. Ed. Labor, Barcelona, 1972.
- HOBBS, T.: *Del Ciudadano y Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, traducción española de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1987.
- HOBBS, T.: *Elementos de Derecho natural y político*, prólogo por D. Negro Pavón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- HOBBS, T.: *Tratado sobre el cuerpo*, traducción española de J. Rodríguez Feo, Madrid, Trotta, 2000.
- HOBBSBORN, E.: *Naciones y nacionalismo desde 1870*, traducción española de J. Beltrán, Barcelona, Crítica, D. L., 1991.
- HÖFFE, O.: *Immanuel Kant*, Barcelona, Herder, 1986.
- HÖFFE, O.: *Introduction a la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion*, Albeuve, Suisse, Castella, cop., 1985.
- HORKHEIMER, M.: *Crítica de la razón instrumental*, traducción española de J. Muñoz, presentación de J. J. Sánchez, Madrid, Trotta, 2002.
- HORKHEIMER, M. y ADORNO, Th. W.: *Dialéctica de la Ilustración: fragmentos filosóficos*, traducción española de J. J. Sánchez, Madrid, Trotta, 2001.

- HUIZINGA, J.: *El otoño de la Edad Media*, traducción española de J. Gaos, Madrid, Alianza Ed., 1978.
- HUME, D.: *Ensayos Políticos*, estudio preliminar de J. M^a. Colomer, traducción española de C. Armando Gómez, Madrid, Tecnos, 1987.
- HUME, D.: *Investigación sobre el conocimiento humano*, traducción española de Jaime de Salas Ortueta, Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- HUME, D.: *Tratado de la naturaleza humana*, estudio preliminar, traducción y notas por F. Duque, Madrid, Tecnos, 1998.
- IGLESIAS, J.: *Derecho romano: historia e instituciones*, Barcelona, Ariel, 1997.
- IGLESIAS, J.: *Espíritu del derecho romano*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, D.L., 1991.
- IHERING, R. VON: *¿Es el Derecho una Ciencia?*, editado de los fragmentos póstumos de Okko Behrends, estudio preliminar y traducción española de F. Fernández-Crehuet López, Albolote (Granada), Comares, 2002.
- IHERING, R. VON: *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española y notas por E. Príncipe y Satorres, estudio preliminar de J. L. Monereo, Granada, Comares, 1998.
- IHERING, R. VON: *El fin en el Derecho*, traducción española de D. Abad de Santillán, estudio preliminar por J. L. Monereo Pérez.
- JELLINEK, G.: *Reforma y mutación de la Constitución*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, traducción española de Ch. Förster revisada por P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, trad. española de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *El constitucionalismo: separación de poderes, control de constitucionalidad de las leyes y derechos fundamentales en el proceso de formación del concepto de Constitución*”, Oñati, Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea IVAP, D.L., 2001.
- KANT, I.: *Comienzo presunto de la historia humana (1786)*, en *Filosofía de la Historia*, trad. española de Eugenio Imaz. México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- KANT, I.: *Crítica de la razón práctica*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- KANT, I.: *Crítica de la razón pura*, Clásicos Alfaguara, Madrid, 1986.
- KANT, I.: *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- KANT, I.: *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita (1784)*, en *Filosofía de la Historia*, traducción de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica (F.C.E), México-Madrid-Buenos Aires, 1989.
- KANT, I.: *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.
- KANT, I.: *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime en Prolegómenos a toda metafísica del porvenir: Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, edición a cargo de Francisco Larroyo. México, Porrúa, 1985.
- KANT, I.: *La paz perpetua*, traducción de F. Rivera Pastor, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

- KANT, I.: *¿Qué es la ilustración? (1784)* aparece recogido en *Filosofía de la Historia*, traducción de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica (F.C.E), México-Madrid-Buenos Aires, 1989.
- KANT, I.: *Si el genero humano se halla en progreso constante hacia mejor (1798)*, recogido en *Filosofía de la Historia*, traducción de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica (F.C.E), México-Madrid-Buenos Aires, 1989.
- KANT, I.: *Sueños de un visionario explicados por los sueños de la metafísica*, prólogo de R. Malter, edición crítica del texto alemán, introducción, traducción y notas de C. Céntrela, Cádiz, Universidad, D.L., 1989.
- KELSEN, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, estudio preliminar y trad. española de J. A. García Amado, Madrid, Tecnos 1997.
- KELSEN, H.: *La giustizia costituzionale, a cura d C. Geraci, premessa di A. La Pergola*, Milano, Giuffrè, imp., 1981.
- KELSEN, H.: *Das problem der Souveranität und die theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslere*, Scientia, Aalen, 1960 (reproducción facsímil de la edición de Mohr, Tübingen, 1928).
- KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. española de la segunda edición alemana por E. García Maynez. México, U.N.A.M., 1995. 2ª ed.
- KELSEN, H.: *Teoría General del Estado*, trad. española de L. Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, 15ª ed.
- KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, trad. española de la segunda edición alemana por R. J. Vernengo. México, U.N.A.M., 1986.

- KELSEN, H. y TREVES, R.: *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di Stanley L. Paulson, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 1992.
- KOFLER, L.: *Contribución a la historia de la sociedad burguesa*, Buenos Aires, Amorrortu, imp., 1974.
- KRYGER, E.: *La notion de liberté chez Rousseau et ses répercussions sur Kant*, Paris, Librairie A.G. Nizet, 1978.
- LACROIX, J.: *Kant et le kantisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1967.
- LACROIX, J.: *La sociologie d'Auguste Comte*, Paris, Presses universitaires de France, 1956.
- LAFERRIÈRE, J.: *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat – Montchrestien, 1947.
- LASKI, H. J.: *The foundations of Sovereignty and other essays*, George Allen & Unwin, London, 1931.
- LASKI, H. J.: *A grammar of politics*, London, George Allen & Unwin Ltd., 1967; hay traducción española de T. González García: *La gramática de la política: el Estado moderno*, Granada, Comares, 2002.
- LASKI, H. J.: *El liberalismo europeo*, traducción española de V. Miguélez, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- LEIBHOLZ, G.: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Centro de estudios políticos, 1971.
- LEIBHOLZ, G.: *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, Giuffré, 1989.
- LENK, K. y NEUMANN, F. (eds.): *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, traducción española de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, D.L., 1980.

- LEYDEN, W. VON: *Hobbes and Locke. The politics of freedom and obligation*, London, McMillan, 1981.
- LIJPHART, A.: *Electoral systems and party systems*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- LINDSAY, T. M.: *Luther*, en *The Cambridge Modern History*, vol. II, *The Reformation*, cap. IV, Cambridge, University Press, 1907-1911.
- LISSER, K.: *El concepto del Derecho en Kant*, traducción española de A. Rossi, México, Universidad Nacional Autónoma, 1959.
- LOCKE, J.: *Essays on the law of nature*, texto en latín y traducción, introducción y notas por W. Von Leyden, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- LOCKE, J.: *Two treatises of government; Essay concerning certain false principles; Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, edición crítica e introducción por P. Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.
- LÓPEZ ARANGUREN, J. L. (et al.): *Libertad y organización*, Madrid, Insula, 1963.
- LÓPEZ PINA, A.: *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.
- LUHMANN, N.: *La differenziazione del Diritto: contributi alla sociología e alla teoria del Diritto*, trad. italiana di R. De Giorgi e M. Silbernagl. Bologna, Il Mulino, cop., 1990.
- LUMIA, G.: *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1963.
- LUTERO, M.: *À la noblesse chrétienne de la nation allemande: La liberté du chrétienne*, traducción francesa, introducción y notas de M. Gravier, prefacio de P. Chaunu, Paris, G F Flammarion, cop., 1992.

- LUTERO, M.: *Escritos políticos*, traducción española y estudio preliminar de J. Abellán, Madrid, Tecnos, D.L, 1986.
- LUTHER, J.: *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Torino, G. Giappichelli, 1990.
- LYOTARD, J. F.: *El Entusiasmo: crítica kantiana de la Historia*, traducción española de A. L. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1994.
- MACPHERSON, C. B.: *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford University Press, 1964.
- MALAFOSSE, J. DE: *Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IV République*, Paris, Montchrestien, 1975.
- MALHERBE, M.: *Kant ou Hume ou la raison et le sensible*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1980.
- MANSER, G. M.: *La esencia del Tomismo*, traducción española de V. García Yebra, Madrid, Instituto "Luis Vives" de Filosofía, 1953.
- MANZINI, G. F.: *Democracy and Constitutionalism in the European Union: collected essays*, Oxford, Hart, 2000.
- MARSHALL, G.: *Constitutional theory*, London, Oxford University Press, 1971.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, L.: *Idealismo crítico e inmanencia en el pensamiento kantiano*, Madrid, Orígenes, 1986.
- MARX, K.: *El Capital: crítica de la economía política. Libro I, El proceso de producción del capital*, edición a cargo de Pedro Scaron. Madrid, Siglo Veintiuno de España, 1984.
- MARX, K.: *El Capital, libro I - capítulo VI, inédito: resultados del proceso inmediato de producción*, trad. española de Pedro Scaron. México, Siglo Veintiuno, 1990, 13ª Éd.

- MARX, K.: *La cuestión judía: sobre democracia y emancipación*, traducción española, estudio y notas por A. Hermosa Andujar, Madrid, Santillana, cop., 1997.
- MARX, K. y ENGELS, F.: *La cuestión nacional y la formación de los Estados*, compilación de J. Aricó, México, Pasado y Presente, 1980.
- MATTEUCCI, N.: *Organizzazione del potere e libertà: Storia del Costituzionalismo moderno*, Torino, UTET Librería, cop., 1976.
- MATTEUCCI, N.: *Lo Stato Moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- MAYEUR, J. M.: *Les débuts de la III République, 1871 – 1898*, Paris, Seuil, 1973.
- MAYEUR, J. M.: *La vie politique sous la Troisième République, 1870–1940*, Paris, Seuil, 1984.
- MC CORMICK, N.: *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*, Dordrecht, Reidel, 1992.
- McILWAIN, Ch. H.: *Constitutionalism, ancient and modern*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1947, hay traducción española en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- MENA SEGARRA, C. E.; *El Estado en la Edad Media*, Montevideo, Kapelusz, 1974.
- MÉNY, Y.: *Textes constitutionnels et documents politiques*, Paris, Montchrestien, 1989.
- MESNARD, P.: *Jean Bodin en la historia del pensamiento*, introducción de J. A. Maravall, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962
- MIÑANA, E.: *La división de los poderes del Estado: estudio de filosofía política y de legislación comparada*, Madrid, Imp. de Gabriel López del Horno, 1917.

- MIRKINE-GUETZEVICH, B.: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, Ed. Reus, S. A., 1934.
- MITTEIS, H.: *Le Strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, trad. italiana di Liliana Mencarelli Fichte, Brescia, Ed. Morcelliana, 1962.
- MOMMSEN, T.: *Disegno del Diritto pubblico romano*, traduzione di P. Bonfante, a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, Celuc. cop., 1973.
- MONTESQUIEU, Ch.: *Del espíritu de las leyes*, introducción de E. Tierno Galván, traducción de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 2000.
- MORABITO, M.: *Le chef de l'État en France*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 1995.
- MORABITO, M. et BOURMAUD, D.: *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789–1958)*, Paris, Editions Montchrestien, 4^a Éd., 1996.
- MORINI-COMBY, J.: *Mercantilisme et protectionnisme: essai sur les doctrines interventionnistes en politique commerciale du XVe au XIXe siècle*, prefacio de A. Zimmern, Paris, Lib. Félix Alcan, 1930 (Fontenay-aux-roses).
- MORODO, R. y LUCAS MURILLOS DE LA CUEVA, P.: *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, México, Universidad Nacional Autónoma, 2001.
- MORTATI, C.: *La Constitución en sentido material*, traducción y estudio preliminar de A. Bergareche Gros, epílogo de G. Zagrebelsky, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MORTATI, C.: *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato, Vol. I, Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972.

- MURATORE, G.: *La città rinascimentale: tipi e modelli attraverso i trattati*, Milano, Mazzotta, 1975.
- NEGRI, A.: *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema de la forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padova, 1962.
- NEVILLE FIGGIS, J.: *Studies of Political thought from Gerson to Grotius, 1414 – 1625*, 2^a Éd., Cambridge, 1923.
- NICOLET, C.: *L'idée républicaine en France (1789 – 1924), Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982.
- NISBET, R.: *Historia de la idea de progreso*, traducción española de Enrique Hegewick, Barcelona, Gedisa, 1981.
- PACAUT, M.: *L'Ordre de Cluny: (909–1789)*, Fayard, París, 1986.
- PACAUT, M.: *Les structures politiques de l'Occident medieval*, Paris, Armand Colin, 1969.
- PACCHI, A.: *Introduzione a Hobbes*, Roma, Laterza, 1995.
- PACE, A.: *La causa della rigidità costituzionale: una rilettura di Bryce, dell Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.
- PACE, A.: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997.
- PAINE, T.: *Political Writings*, edited by B. Kuklick, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- PALLISTER, A.: *Magna Carta: The heritage of liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1971.
- PALOMBELLA, G.: *Soggetti, azioni, norme: saggio su diritto e ragion pratica*, Milano, Franco Angeli, 1988.

- PAVIA, M. L.: *Pour une histoire des idées constitutionnelles*, Pouvoirs, 60, 1992.
- PEREIRA MENAUT, A. C.: *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- PEREZNIETO CASTRO, L. (comp.): *Reformas constitucionales y modernidad nacional*, México, Porrúa, Cambio XXI, 1992.
- PETOT, J.: *Les grandes étapes du régime républicain français, 1792–1969*, Paris, Cujas, 1970.
- PICARD, E.: *Le Droit pur: cours d'Encyclopédie du Droit: les permanences juridiques abstraites*, Bruxelles: Veuve Ferdinand Larcier; Paris: Félix Alcan, 1899.
- PIRENNE, H.: *Histoire économique et sociale du moyen âge*, edición revisada y puesta al día por H. Van Werveke, Paris, Presses Universitaires de France, 1969.
- PIRENNE, H.: *Historia de Europa: desde las invasiones hasta el siglo XVI*, traducción española de J. J. Domenchina, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- PIRENNE, H.: *Les villes du moyen âge*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971.
- PISIER –KOUCHNER, E.: *La notion de personne morale dans l'oeuvre de Leon Duguit*, en *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 11/12, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1982/83.
- PITKIN, H. F.: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, D. L., 1985.
- POLAKOVIC, E.: *Teoría de la nación: nacionología de J. Ortega y Gasset, E. Renan y L. Stur*, Madrid, (s.n.), 1983.
- POLIN, R.: *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953.

- POLIN, R.: *La politique morale de John Locke*, Paris, J. Vrin, 1960.
- POCOCK, J. G. A.: *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, estudio preliminar y notas de Eloy García, traducción española de M. Vázquez-Pimentel y Eloy García, Madrid, Tecnos, 2002.
- POWELL, G. B.: *Elections as instruments of democracy: majoritarian and proportional visions*, New Haven, Yale University, 2000.
- PUFENDORF, S.: *De iure naturae et gentium libri octo; Le droit de la nature et des gens*, traducción francesa de J. Barbeyrac, Ed. Facs., Caen, Université de Caen, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989.
- QUAGLIONI, D.: *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura política e giuridica dell'età moderna*, Cedam, Padova, 1992.
- RADBRUCH, G.: *El espíritu del Derecho inglés*, anotaciones y epílogo del Dr. H. Scholler, traducción española de J. C. Peg Ros, estudio preliminar de M. Ayuso, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- RATZEL, F.: *La géographie politique*, traducción francesa de P. Rusch, Paris, Geneve, Economica: Editions regionales européennes, 1988.
- REMOND, R.: *La vie politique en France, 1789–1879*, 2 vol., Paris, A. Colin, 1971.
- RENAN, E.: *¿Qué es una nación?/Qu'est-ce qu'une nation?*, Ed. Bilingüe, traducción española de F. Ochoa de Michelena, Madrid, Sequitur, D.L. 2001.
- RIPERT, G.: *Le déclin du Droit. Études sur la Législation Contemporaine*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

- ROGUIN, E.: *La science juridique pure*, 3 vol., Paris – Lausanne, Librairie Générale de Droit Librairie F. Rouge, 1923. Hay traducción española de J. M^a. Navarro de Palencia, *Las reglas jurídicas: estudio de ciencia jurídica pura... precedida de una introducción sobre la clasificación de las ciencias*, Madrid, La España moderna, 1890?.
- ROLAND-GOSSELIN, B.: *La doctrine politique de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, Marcel Rivière, 1928.
- ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansón, 1951; hay traducción española de S. Martín-Retortillo, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- ROMANO, S.: *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, Ed. Giuffrè, 1947.
- ROMMEN, H. A.: *El Estado en el pensamiento católico*, trad. española de E. Tierno Galván, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- ROSS, D.: *Kant's ethical theory: a commentary on the "Grundlegung zur Metaphysic der Sitten"*, Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1978.
- ROUSSEAU, J. J.: *Du Contrat social*, edición de J. K. Lecercle, Éd. Sociales, París, 1955, Libro I, Cap. IV; edición española a cargo de M. Armiño: *Del Contrato social*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- ROUSSEAU, J. J.: *Discours sur l'inégalité*, edición de J. K. Lecercle, París, Éd. Sociales, 1954. Edición española a cargo de M. Armiño: *Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- ROUSSEAU, J. J.: *Discours sur les sciences et les arts*, en Oeuvres Completes, T. III: *Du contrat social. Écrites politiques*. París, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1975. Edición española a cargo de Mauro Armiño: *Sobre las Ciencias y las Artes*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

- ROUSSEAU, J. J.: *Discurso sobre la economía política*, traducción española y estudio preliminar de J. E. Candela, Madrid, Tecnos, 1985.
- ROUSSEAU, J. J.: *Emilio, o de la educación, Libro IV*, traducción española y notas de M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- ROUSSEAU, J. J.: *Ensayo sobre el origen de las lenguas*, traducción española y notas de M. Armiño, Madrid, 1980.
- ROUSSEAU, J. J.: *Las ensoñaciones del paseante solitario*, traducción española y notas de M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- ROUSSEAU, J. J.: *Escritos sobre la paz y la guerra*, prólogo de A. Truyol y Serra, traducción española de M. Morán, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- ROUSSEAU, J. J.: *Oeuvres completes: T. III, Du contrat Social. Écrits politiques, 1762*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1975, Libro I, cap. VI.
- ROUSSEAU, J. J.: *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, traducción española y estudio preliminar por A. Hermosa Andujar, Madrid, Tecnos, 1988.
- RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- RUDELLE, O.: *La République absolue. Aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine, 1870 – 1889*, Paris, Publications de la Sorbonne, Série France XIX – XX, nº 14, 1982.
- RUGGIERO, G. DE: *Storia del liberalismo europeo*, Roma, Laterza, 1995.

- RUIPÉREZ Y ALAMILLO, J.: *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente: algunas reflexiones críticas desde el Derecho político*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- RUIPÉREZ Y ALAMILLO, J.: *Constitución y democracia. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, en *Teoría y realidad consitucional*, nº12-13, pp 123 a 155, Madrid, U.N.E.D., 2004.
- RUÍZ DEL CASTILLO, C.: *Un schéma de la Doctrine de la personnalité de l’État selon la méthode juridique-psycologique d’Hauriou*, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929.
- RUSSEL, B.: *Libertad y organización. 1814 - 1914*, traducción española de León Felipe, Madrid, Espasa Calpe, 1970.
- SAINT GIRONS, A.: *Essay sur la separation des pouvoirs dans l’ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881.
- SAINTES, A.: *Histoire de la vie et de la philosophie de Kant*, Paris, Cherbuliez, Hamburg, Herold, 1844.
- SANZ MORENO, J. A.: *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.
- SARTORI, G.: *Partidos y sistemas de partidos: marco para un análisis*, versión española de F. Santos Fontanela, Madrid, Alianza, 1994.
- SASSO, G.: *Tramonto di un mito: l’idea di progresso fra Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, cop., 1984.
- SAVIGNY, F. C. VON: *Sistema del Derecho romano actual*, traducción española de J. Mesía y M. Poley, prólogo de M. Durán y Bas, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1940.
- SCARPELLI, U.: *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunita, cop. 1965.

- SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, prólogo por P. de Vega, traducción española de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.
- SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, traducción española de J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971.
- SCHMITT, C.: *El Leviatán en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, traducción española de F. J. Conde, Madrid, Haz, 1941.
- SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, estudio preliminar de M. Aragón, traducción española de T. Nelsson y R. Grueso, Madrid, Tecnos, 1996.
- SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1982.
- SCHMITT, C.: *Los tres tipos de pensamiento jurídico*, recogido en el texto corregido por el autor con profundas modificaciones para la edición italiana, *Le categorie del político: saggi di teoria politica*, traducción española de J. M^a Ordóñez, Bologna, Il Mulino, 1972.
- SCHNAPPER, D.: *Le communauté des citoyens: sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, cop., 1994.
- SCHULZE, H. *Estado y nación en Europa*, Barcelona, Crítica, D. L., 1997.
- SCHUMPETER, J. A.: *Historia del análisis económico*, versión española a cargo de M. Sacristán, Barcelona, Ariel, 1994.
- SEIGNOBOS, C.: *Le déclin de l'Empire et l'établissement de la Troisième République, 1859 – 1875*, Paris, Hachette, 1921.
- SEIGNOBOS, C.: *L'évolution de la Troisième République, 1875–1914*, Paris, Hachette, 1921.
- SEHELLART, M.: *Les arts de gouverner: du "regimen" medieval au concept de gouvernement*, Paris, Editions du Soleil, 1995.

- SERRA, F.: *Derecho y Política*, Madrid, Argés, 1998.
- SERRA, F. y GARCÍA SELGAS, F.: *Ensayos de filosofía social*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1992.
- SIMONE, A. DE: *Habermas: le metamorfosi della razionalità ed il paradosso della razionalizzazione*, Lecce, Milellac, 1988.
- SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, traducción española de J. M^a Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SOLARI, G.: *La formazione storica e filosofica dello Stato Moderno*, a cargo de L. Firpo, Napoli, Guida, 2000.
- SOMBART, W.: *El burgués: contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, versión española de M. P. Lorenzo, revisión de M. Paredes, Madrid, Alianza, 1993.
- SPITZ, J. F.: *Bodin et la souveraineté*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998.
- STRAUSS, L.: *Natural Right and History*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.
- STRAUSS, L.: *The political philosophy of Hobbes. Its basis and genesis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1963.
- STUART MILL, J.: *Auguste Comte and positivism*, Michigan, University Press, 1965.
- STUART MILL, J.: *Le gouvernement représentatif; traduit et précédé d'une introduction par M. Dupont White*, Paris, Guillaumin, 1862; hay traducción española de M. C. C. de Iturbe: *De la libertad; Del gobierno representativo; La esclavitud femenina; introducción de P. Lucas Verdú*; Madrid, Tecnos, 1965.
- STUART MILL, J.: *On liberty; Representative government; Utilitarianism*, Chicago, Enciclopedia Britannica, 1984.

- SUÁREZ, F.: *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore; Tratado de las leyes y de Dios Legislador: en Diez libros*, versión española de J. R. Eguillor Munoizguren, con una introducción general de L. Vela Sánchez. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.
- TAINÉ, H.: *L'Ancient régime*, 2 vols., Paris, Librairie Hachette, 1909-1910.
- TARELLO, G.: *Cultura giuridica e política del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- TARELLO, G.: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoría del Diritto, cap. I: Il Formalismo giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino, Stampa, 1996.
- THIBAUT, A. F. J. y SAVIGNY, F. C. VON: *La polémica sulla codificazione*, a cargo de G. Marini, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, cop., 1982.
- THOMSON, D.: *La démocratie en France: La Troisième République*, Paris, Nizet, 1955.
- TÖNNIES, F.: *Vida y doctrina de Thomas Hobbes*, traducción española de E. Imaz, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1932.
- TREVELYAN, G. M.: *Historia política de Inglaterra*, México, FCE, 1984.
- TROELTSCH, E.: *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani, Vol. II*, traducción italiana de G. Sanna, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1969.
- TROPER, M.: *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980.
- ULLMANN, W.: *Principles of government and politics in the Middle Ages*, London, Methuen, 1961.

- VALOUS, G. DE: *Le monachisme clunisien des origines au XVe siècle: vie interieure des monastères et organization de l'ordre*, 2 Vols., A. & J. Picard, Paris, 1970.
- VANDERLINDEN, J.: *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle: essai de définition*, Bruxelles, Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, cop., 1967.
- VECCHIO, G. DEL: *Sulla positività come carattere del Diritto*, en *Rivista di filosofia*, III (1911), Modena, Formiggini, 1909.
- VEDEL, G.: *Balance de la Experiencia Constitucional francesa a mediados del siglo XIX*, en *El Constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, D.F., Centenario de la Constitución mexicana de 5 de Febrero de 1857, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957.
- VEGA, P. DE.: *Apuntes para una Historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX*, en *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, U.N.A.M., 1998.
- VEGA, P. DE: *La división de poderes, el poder legislativo*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat de Lleida, 1998.
- VEGA, P. DE: *Estudios político-constitucionales*, México, U.N.A.M., 1987.
- VEGA, P. DE: *Jurisprudencia constitucional y crisis de la Constitución*, en *Revista de Estudios Políticos* n° 7, 1979.
- VEGA, P. DE: *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1998.
- VEGA, P. DE: *Mundialización y Derecho Constitucional: las crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*, en *Revista de Estudios Políticos* n°100, 1998.

- VEGA, P. DE: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- VEGA, P. de., *Significado constitucional de la representación política*, en *Revista de Estudios Políticos* n° 44, 1985.
- VEGA, P. DE: *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.
- VEGA, P. DE: *En torno a la crisis de las ideas de representación y de legitimidad en la democracia actual*, Bogotá, Universidad Externa de Colombia, 1996.
- VEGA, P. DE: *El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional*, en *Teoría y Realidad Constitucional* n° 1, 1998.
- VEGA, P. DE y MORODO, R.(dirs): *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México, UNAM, 2001.
- VILE, M. J. C.: *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967.
- VILLACAÑAS BERLANGA, J. L.: *Racionalidad crítica. Introducción a la Filosofía de Kant*, Madrid, Tecnos, 1987.
- VILLARD, P.: *Histoire des institutions publiques de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 5ª Éd., 1992.
- VILLASANTE, T. R.: *Las democracias participativas: de la participación ciudadana a las alternativas de sociedad*, Madrid, Hoac, 1995.
- VIORA, M. E.: *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967.
- VITALE, E.: *Hobbes e Kant*, con introducción de M. Bovero, Torino, Giappichelli, cop., 1993.

- VLEESCHAUWER, H. J. DE: *La evolución del pensamiento kantiano: Historia de una doctrina*, traducción española de R. Guerra, México, D.F., Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.
- VOLPE, G.: *L'ingiustizia della leggi: Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, A. Giuffrè, 1977.
- VOLTAIRE, *Candide ou l'optimisme; texte établie d'après l'édition originale de 1759*, Paris, Hachette, D.L., 1991.
- WEBER, A.: *La crisis de la idea moderna de Estado en Europa*, trad. española de J. Pérez Vences, Madrid, Revista de Occidente, 1932.
- WEBER, M.: *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*, edición preparada por J. Winckelmann, traducción española de J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. Imáz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, nota preliminar de J. Medina Echevarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- WEBER, M.: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducción española, nota preliminar y glosario de J. Abellán, Madrid, Alianza, D.L., 2002.
- WEBER, M.: *Historia económica general*, traducción española y prefacio de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- WEBER, M.: *Sociologie du Droit*, traducción francesa de J. Grosclaude, prefacio de Ph. Reynaud, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.
- WIEACKER, F.: *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, Granada, Comares, D.L., 1998.
- WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

WILSON, Ch.: *Economic history and the historian: collected essays*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1969.

WILLOUGHBY, W. W.: *The fundamental concepts of public law*, New York, The Macmillan Company, 1924.

WYSE, J.: *A vindication of New England Churches*, publicada en Boston en 1772.

ZUBIRI, X.: *Cinco lecciones de filosofía*, Madrid, Sociedad de estudios y publicaciones, 1963.

Otros materiales bibliográficos utilizados:

“*The Cambridge modern history*”, planned by the late Lord Acton; edited by A. W. Ward, G. W. Portero, Stanley Leathes, Cambridge, University Press, 1907-1911.

“*Chiesa e Stato attraverso i secoli*”, Documenti raccolti e commentati da Sydney Z. Ehler e John B. Morrall, introduzione di Giovanni Soranzo, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1958.

“*Nouvelle Histoire de la France contemporaine*”, 1789 – 1958, 16 vol., Paris, Seuil, 1972 – 1983.

“*Théologie et droit dans la science politique de l’État Moderne*”, Collection de l’école Française de Rome – 147, École Française de Rome, 1991.