

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

STORIA CULTURE CIVILTÀ

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: 14/B1 STORIA DELLE DOTTRINE E DELLE
ISTITUZIONI POLITICHE

Settore Scientifico disciplinare: SPS/03 STORIA DELLE ISTITUZIONI POLITICHE

TITOLO TESI

EL FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DE LA REVOCACIÓN DEL
MANDATO REPRESENTATIVO

Presentata da: HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

Coordinatore Dottorato
MASSIMO MONTANARI

Relatore
BERARDO PIO

Esame finale anno 2016

*A todos los que han sido aberrojados
y aún continúan siéndolo por la
insania totalitaria*

INDICE

RINGRAZIAMENTI.....	7
RIASSUNTO.....	9
INTRODUZIONE.....	19
1. LA LEGITTIMITÀ MONARCHICO-DIVINA DEL POTERE POLITICO: <i>PRINCEPS MAIOR POPULO</i>	23
1. La <i>Lex Regia</i>	23
2. La dottrina ierocratica.....	32
3. La giustizia e la potestà legislativa	48
4. I Concili della Monarchia visigota.....	57
5. L'origine del Parlamento in Europa.....	64
6. La rappresentanza politica nell'Antico Regime.....	67
2. LA LEGITTIMITÀ POPOLARE DEL POTERE POLITICO (I): <i>POPULUS MAIOR PRINCIPE</i>	87
1. Bartolo da Sassoferrato.....	87
2. Consuetudine <i>vs</i> legge.....	100
3. Marsilio da Padova.....	110
3.1 La legge umana e la legge divina.....	112
3.2. Il legislatore popolare.....	116
3.3. Il governo.....	128

3. LA LEGITTIMITÀ POPOLARE DEL POTERE POLITICO (II): LA DOTTRINA CATTOLICA DEL CONTRATTO SOCIALE.....	131
1. Aristotele.....	131
2. San Tommaso d'Aquino.....	137
3. La Scuola di Salamanca.....	145
4. LA LEGITTIMITÀ POPOLARE DEL POTERE POLITICO (III): LA TEORIA SECOLARE DEL CONTRATTO SOCIALE.....	167
1. Concetto e contestualizzazione.....	167
2. Locke e Rousseau.....	174
3. Sieyès: il fondamento democratico del governo rappresentativo.....	205
4. Condorcet: la democrazia rappresentativa.....	223
5. Il costituzionalismo giacobino.....	228
CONCLUSIONI.....	233
BIBLIOGRAFIA.....	239

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi profundo agradecimiento a don Gil Álvarez de Albornoz, fundador del Real Colegio de España en Bolonia, porque gracias a su infinita generosidad cientos de jóvenes españoles hemos podido cursar gratuitamente los estudios de doctorado en la Universidad de Bolonia y vivir una experiencia única e inolvidable en el Colegio de España.

Quiero dedicar unas afectuosas palabras al egregio humanista, José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Valderwilde, Rector del Real Colegio de España, por transmitirnos en sus enseñanzas cotidianas una luminosa filosofía de la vida que me acompañará siempre.

Y, finalmente, quiero manifestar también mi gratitud al Patronato del Real Colegio de España por haberme concedido la beca.

RESUMEN

Ogni ricercatore che inizia a studiare un argomento con metodo scientifico in vista della pubblicazione dei risultati del suo lavoro dovrebbe tenere a mente che “l’opera di carità più necessaria del nostro tempo è quella di non pubblicare libri superflui”. Questa citazione di Ortega y Gasset, importante filosofo spagnolo, dovrebbe indurci a riflettere sulle ragioni che ci spingono a scrivere, per valutare oggettivamente l’utilità della nostra ricerca, perché “sforzi inutili portano alla malinconia” (Ortega y Gasset) e dovrebbe spingerci anche ad indicare con chiarezza gli obiettivi che intendiamo raggiungere. In ultima analisi, il nostro compito è quello di produrre un evidente beneficio per i lettori che impiegano il loro tempo e le loro energie per leggere attentamente la nostra ricerca con la speranza ragionevole di aumentare e approfondire le proprie conoscenze.

Perché una tesi dottorale sul mandato rappresentativo? Per la sfiducia verso il potere. Il potere –qualunque sia l’orientamento ideologico– deve suscitare sempre il sospetto del cittadino perché, come avvertiva Lord Acton, “il potere corrompe e il potere assoluto corrompe assolutamente”. Per questo, c’è bisogno di introdurre nella struttura costituzionale dello Stato istituzioni popolari di controllo politico, come la revoca e la rendicontazione, per restringere la venalità dei governanti e controllare la correttezza del loro operato.

Perché una ricerca sulla revoca? Non sto scoprendo il Mediterraneo con questa istituzione, perché da tanti anni essa è riconosciuta negli ordinamenti costituzionali di numerosi paesi latinoamericani e di alcuni stati nordamericani. Tuttavia, nel costituzionalismo europeo, fatta eccezione per la Svizzera, essa è inedita. Perché? Posso intuire una risposta politica: la partitocrazia non è interessata a stabilire un diritto che riconosca delle disposizioni di controllo popolare della sua gestione della cosa pubblica; e una risposta costituzionale:

negli stati europei il principio rappresentativo, di origine liberale-borghese, prevale ancora sul principio democratico.

Colpisce il fatto che nel Vecchio Continente questo istituto democratico non abbia incontrato un significativo interesse accademico, mentre in America latina sono abbondanti le ricerche scientifiche su questo diritto fondamentale di partecipazione alla vita pubblica.

Tuttavia, sono convinto che la revoca possa incontrare l'interesse dei cittadini europei, molto preoccupati per la corruzione istituzionalizzata dei poteri pubblici e sfiduciati perchè il sistema politico non offre delle risposte definitive per sradicarla. Ovvero, non esistono istituzioni che controllano e proteggono in maniera efficace il popolo dal potere dei suoi rappresentanti, la cui attività, dispiegata negli incarichi pubblici, assomiglia a volte più a quella dei membri di organizzazioni mafiose che a quella dei rappresentanti del popolo.

La revoca è un diritto politico fondamentale, incorporato nel principio democratico, perché i poteri o le funzioni che essa conferisce integrano lo *status* giurico-politico del cittadino in quanto regolano la partecipazione popolare alla vita pubblica, in particolare riguardo il controllo e la responsabilizzazione politica dei rappresentati pubblici.

Come si può vedere dalla lettura dell'indice di questa tesi dottorale, questa ricerca copre un periodo molto lungo di storia delle idee politiche – dalla *Lex Regia* dell'epoca imperiale romana alla filosofia politica rivoluzionaria francese della seconda metà del secolo XVIII– un periodo che richiederebbe molti volumi di studi e analisi, impossibili da realizzare in occasione di una tesi dottorale. Il nostro obiettivo è più specifico: presentiamo una ipotesi –il fondamento democratico della revoca del mandato rappresentativo– e

cerchiamo di vedere se e come questo principio ha trovato spazio nella storia del pensiero politico europeo.

Il fondamento della revoca del mandato rappresentativo risiede nella sovranità popolare. Cosa implica questa affermazione? Primo: la revoca ha un'anima democratica e il suo non riconoscimento costituzionale comporta una restrizione della libertà politica, insostenibile in uno Stato democratico; secondo: l'istituzione revocatoria non è propria né esclusiva del mandato imperativo; terzo: il mandato rappresentativo non implica una trasmissione oppure un'alienazione né della titolarità né dell'esercizio della sovranità, ma soltanto la delega o l'affidamento dell'esercizio dei poteri pubblici.

Questa ricerca si propone di dare risposta a domande molto importanti della teoria democratica: perché il popolo è sovrano? Qual è l'origine del fondamento democratico della sovranità? Che cosa significa sovranità popolare? Bisogna partire da questa solida base per spiegare il significato e le implicazioni giuridiche e costituzionali del mandato rappresentativo. Infine, bisogna analizzare perché la revoca del mandato rappresentativo è un requisito irrevocabile del principio democratico.

In questa tesi solcheremo la storia delle idee politiche, attraverseremo l'ideologia costituzionale, ci immergeremo nella teoria del diritto e daremo uno sguardo all'antropologia alla ricerca di argomenti che ci permettano di affermare, con rigore scientifico, che la revoca del mandato rappresentativo è inerente la sovranità del popolo, chiave di volta del costituzionalismo democratico.

La tesi è divisa in due parti, vale a dire, un primo capitolo che si occupa dello studio della concezione monarchico-divina del potere politico e una seconda parte, che abbraccia i tre capitoli che costituiscono la parte centrale della nostra ricerca e si occupano della legittimazione popolare del potere

politico nei quali studiamo il pensiero politico di Bartolo da Sassoferrato e di Marsilio da Padova, della Scuola di Salamanca, di Locke, Rousseau, Sieyès, Condorcet e dei giacobini.

Cominciamo con la *Lex Regia* perché nella concezione di Ulpiano è racchiusa l'origine del principio democratico o della sovranità popolare: il popolo non aliena né trasferisce la titolarità della *plenitudo potestatis* quando designa un *princeps*, ma delega o attribuisce l'esercizio del potere pubblico e questa delega può essere revocata nel momento in cui il popolo lo ritiene opportuno. Tuttavia, questo principio fu corrotto posteriormente dai giuristi al servizio di Giustiniano con l'intento di porre le fondamenta della dottrina politica assolutista.

La legittimazione monarchico-divina del potere deriva dall'adozione del cristianesimo come religione ufficiale dell'Impero Romano e dall'interpretazione giustiniana della *Lex Regia*: Dio conferisce la sovranità al popolo affinché la trasmetta o la alieni al *princeps* mediante un unico atto definitivo e irrevocabile, cosicché il popolo non può più recuperarla, né alla morte del *princeps* né mediante l'istituto della revoca, e il monarca, a sua volta, la trasferisce direttamente per via ereditaria al suo successore.

La dottrina politica ierocratica, caratterizzata da una concezione discendente del potere e del diritto –*nulla potestas nisi a Deo*–, è aliena dall'idea di rappresentanza: Dio non si rappresenta, nessuno può agire in suo nome, si possono solo adempiere le sue volontà. Il Supremo Creatore trasmette a un ufficio –quello del papa, successore di Pietro–, non a una persona concreta, la *summa potestas* affinché governi il mondo temporale e spirituale secondo i precetti e i dogmi cristiani.

La dialettica ierocrazia *versus* cesaropapismo entrò in crisi alla fine del Medioevo quando si affermò in Europa il concetto di sovranità statale, frutto della rottura dell'unità della Cristianità –iniziata con il movimento nominalista

e culminata con la Riforma protestante— che portò anche alla costituzione delle chiese nazionali —*cuius regio eius religio*—, che a loro volta hanno irrobustito definitivamente il potere politico-religioso del re-sovrano nel suo Stato a danno dell’ autorità papale e di quella imperiale.

Uno dei momenti più importanti nella storia delle istituzioni parlamentari in Europa è rappresentato dalla *curia regia* riunita nella collegiata di San Isidoro di León (Spagna) dal giovane Alfonso IX nel suo primo anno di regno (1188). Questa assise, infatti, può essere letta come la prima riunione in area europea di un parlamento modernamente inteso perché per la prima volta incontriamo, insieme ai rappresentanti del mondo aristocratico ed ecclesiastico, i rappresentanti dello stato popolare.

La prova documentale di questo evento, molto importante nella storia del parlamentarismo europeo, sono i *Decreta*, approvati nella Corte di León, denominati la *Carta Magna leonesa*, e tesi ad istituire un nuovo modello politico fondato sulla partecipazione dei tre stati al governo del Regno di León, includendo in tal modo i rappresentanti delle città nel processo di adozione delle decisioni politiche: “Ego dominus Aldefonsus, Rex Legionis et Gallicie, cum celebrarem curiam apud Legionem cum archiepiscopo et episcopis et magnatibus regni mei, et cum electis civibus ex singulis civitatibus”.

I *Decreta* sono una serie di diciassette norme giuridiche promulgate da Alfonso IX per proteggere i sudditi dall’arbitrarietà del potere degli aristocratici e mettere fine alla grave violenza diffusa nel Regno. Sono giunti fino a noi —insieme con altri testi giuridici— grazie al lavoro dei giuristi, interessati alla loro conservazione per via della loro funzione di tecnici del Diritto, che li hanno raccolti nel *Liber Iudiciorum*.

La partecipazione del terzo stato alle assemblee del Regno di León costituisce un fatto molto rilevante nella storia delle libertà politiche del Vecchio Continente perché ha prodotto l’emancipazione del popolo che da

soggetto passivo e semplice recettore delle politiche e delle decisioni adottate dagli esponenti principali delle gerarchie sociali si trasformò in attore abilitato ad esprimere la propria posizione politica, capace quindi di incidere sulle decisioni del governo regio.

Nel secondo capitolo ho preso in esame la dottrina giuridica della sovranità popolare di Bartolo da Sassoferrato, racchiusa nel principio “*civitas superiorem non recognoscens est sibi princeps*”. Per il giurista perugino il governo della città si concentra nel *Concilium*, *Adunantia* oppure *Parlamentum*, che rappresenta tutti i cittadini ed ha sia il compito di approvare leggi che procurino il bene comune sia quello di scegliere i principali magistrati del governo cittadino.

Il Consiglio rappresenta lo spirito o coscienza dei cittadini: “*Concilium repraesentat mentem populi*” (Sassoferrato), ma il popolo non aliena la sua sovranità –“*populus numquam moritur*”, dirà Baldo degli Ubaldi– soltanto delega l’esercizio del potere legislativo mediante una *traditio imperii*, secondo la procedura racchiusa nella *Lex Regia*.

Il *populus* è il sovrano, la fonte materiale del diritto consuetudinario, dunque può derogare per desuetudine (*desuetudo*) ovvero non applicazione delle norme approvate dal *Concilium*; inoltre, il popolo conserva la facoltà di revoca o modifica dei poteri pubblici concessi ai membri del *Parlamentum*: “*populus (...) potest potestatem imperatores revocare et etiam degradare*” (Sassoferrato).

Nello stesso capitolo si riflette sul secolare conflitto giuridico e sociale tra la consuetudine e la legge. A partire dal Medioevo e fino alla fine dell’Antico Regime, si mantenne nell’Europa continentale una forte disputa dialettica e sociale tra la sovranità della consuetudine (sovranità popolare) e la sovranità della legge (sovranità personale del monarca), una disputa che metteva in questione la titolarità della sovranità. Questo conflitto fu risolto con la

Rivoluzione francese, che affermò la supremazia normativa della legge e la sovranità del Parlamento.

Sul finire del capitolo si prende in esame la teoria democratica di Marsilio di Padova, una teoria repubblicana, laica e razionale. Infatti, per Marsilio il popolo è il legislatore perché ciò che riguarda tutti deve essere deciso da tutti i cittadini e non da un individuo o da un gruppo di individui. Il *populus* è il soggetto politico che approva le leggi migliori perché tutti i cittadini sono interessati a formulare quelle leggi che procurano il bene comune, l'utilità pubblica, e che garantiscono nel miglior modo possibile la libertà e l'efficacia delle norme.

I cittadini avranno una inclinazione naturale ad osservare le leggi se hanno partecipato alla loro elaborazione, se sono artefici delle leggi, perché il contenuto delle leggi stesse risponderà alla loro volontà. Diversamente, saranno contrari e ostili nei confronti delle disposizioni normative se chiamati ad essere semplici soggetti passivi e semplici ricettori della volontà di un *dominus* oppure di una assemblea di notabili.

Nel terzo capitolo abbiamo studiato la teoria democratica della Scuola di Salamanca, denominata anche “Seconda Scolastica spagnola”, una corrente di pensiero teologico-politico e giuridico –sostanzialmente umanista– costituita dai *Magni Hispani*: Vitoria, Mariana, Suárez, Bartolomé de Las Casas, tra gli altri, che raggiunsero una notevole importanza nella speculazione europea dei secoli XVI e XVII per i loro apporti nel campo della teologia e della filosofia politica e giuridica, soprattutto su temi di primaria importanza: l'origine del diritto internazionale, i principi dei diritti umani, la cui impronta arriverà alle prime dichiarazioni di diritti, e la concezione moderna della sovranità, fondata sul razionalismo politico.

L'origine dello Stato per la teoria laica del contratto sociale è puramente convenzionale, risultato del concerto delle volontà dei singoli. Mentre per la

dottrina cattolica del contratto sociale –elaborata dalla Scuola di Salamanca– lo Stato è l'effetto simultaneo di due cause: in primo luogo la legge naturale, trascrizione della divina e, di conseguenza, necessaria e immutabile; in secondo luogo un fattore storico contingente, la volontà umana ovvero il consenso.

La teoria dello Stato della Scuola di Salamanca afferma che la comunità riceve da Dio il potere politico e dopo decide se esercitarlo *per se* o se trasferirlo con limitazioni precise a un re oppure a un'assemblea di notabili; quindi la comunità può avocare a se stessa l'esercizio della sovranità. Questo implica il fatto che il popolo conserva una riserva latente di potere, riserva che lo abilita a revocare la sua concessione, in tutto o in parte, quando concorra una qualsiasi delle circostanze stabilite nel *pactum subiectionis*, la cui funzione è limitare il potere regio.

La dottrina politica della Scuola di Salamanca è formalmente democratica perché le leggi approvate dall'autorità costituita non esprimono la soggettiva e congiunturale volontà generale del popolo, giacché questa è obbiettiva e atemporale: il bene comune, dunque il suo contenuto sostanziale non è frutto della deliberazione ma riflesso della legge divina e, di conseguenza, universalmente conosciuto grazie alla ragione.

La concretezza e la precisione della sovranità popolare, del diritto di revoca della forma di governo e dei governanti e il diritto di resistenza dei popoli contro il potere tirannico, che trovano le loro radici dottrinali nella Prima Scolastica, costituiscono i contributi più significativi apportati dalla Scuola di Salamanca al razionalismo politico europeo dei secoli XVII e XVIII.

La teoria contrattualista laica è figlia della Riforma protestante e della Rivoluzione scientifica. Propugna un paradigma politico di carattere individualista e convenzionale e, quindi, artificiale della società politica, perché più coerente con la natura umana, analizzata dalla ragione.

Lo Stato non è nella natura umana, ma è una struttura di potere creata dalla volontà umana –accordo sociale– con l’obiettivo di procurare la felicità ai cittadini mediante la garanzia dei diritti. Lo Stato, quindi, è uno strumento al servizio della dimensione teleologica dell’uomo, che mostra la superiorità dell’individuo sulla società politica: le parti sono superiori al tutto.

Il razionalismo fu rivoluzionario: sostituì il paradigma aristotelico dell’uomo come essere sociale e politico con quello cartesiano dell’essere razionale (*cogito ergo sum*); detronizzò il Dio personale del cristianesimo (giusnaturalismo teologico) innalzando il dio della Ragione (giusnaturalismo razionalista); sostituì la teologia con la scienza e insieme con la dottrina protestante innalzò la libertà di pensiero –“*osez penser par vous même*” (Voltaire)– e la volontà umana, per secoli limitate dalla sottomissione delle coscienze alle credenze religiose ataviche e al principio di autorità degli antichi.

Nell’ultimo capitolo esponiamo le caratteristiche delle due correnti dottrinali che costituiscono l’ossatura dell’ideologia liberale: il liberalismo “whig” oppure “lockiano” e il liberalismo roussoiano. Il primo apportò i principi politici e giuridici del primo costituzionalismo europeo e americano: la sovranità nazionale, il mandato rappresentativo, l’eguaglianza formale (davanti alle leggi), la divisione dei poteri, il principio di legalità e il suffragio come funzione sociale; il secondo racchiude le caratteristiche del costituzionalismo democratico: il suffragio come diritto (universale), l’eguaglianza materiale (reale ed effettiva) e i diritti sociali.

Il mandato rappresentativo implica che il deputato rappresenta la Nazione, che egli sia l’interprete della volontà generale, che abbia libertà di espressione e di voto in Parlamento e che le leggi siano di portata generale.

La legge è un prodotto giuridico razionale perché la volontà generale non è una imposizione autoritaria, né è oggettiva o atemporale, ma è soggettiva, volubile e congiunturale, così la sua conoscenza o scoperta richiede

un processo deliberativo in cui si mettono a confronto le idee di tutti i deputati, riflesso delle opinioni dei cittadini, il cui risultato dialettico deve essere l'approvazione di leggi giuste.

La democrazia rappresentativa è frutto della trasformazione concettuale della democrazia operata da Condorcet. Dall'essere una *contradictio in terminis*, essa è diventata una forma politica ibrida grazie alla quale il principio democratico ha avuto una maggiore penetrazione nella struttura costituzionale dello Stato. La rappresentanza nazionale è deliberativa: i cittadini approvano o no i progetti costituzionali e normativi elaborati dal Parlamento; il suffraggio è un diritto universale e la revoca e la rendicontazione sono istituti di controllo politico della legislatura, conseguenza naturale della attitudine del popolo a giudicare pienamente la funzione pubblica rappresentativa.

L'alienazione della sovranità da parte del popolo a favore dei rappresentanti politici attraverso l'istituzione del mandato rappresentativo fu una gravissima distorsione del sistema rappresentativo introdotta dai deputati monarchici nella Costituzione francese del 1791, che istituì la sovranità del Parlamento: una forma di dispotismo aristocratico, caratterizzato dal divorzio tra il potere legislativo e la Nazione, che consente ai deputati di non esprimere nella legge l'opinione pubblica ma di presentarsi come creatori della volontà generale.

L'ideologia costituzionale ha corrotto il concetto di democrazia rappresentativa coniato da Condorcet. Questa denominazione si attribuisce oggi al sistema rappresentativo partitocratico –democrazia dei partiti–, vigente nell'Europa e caratterizzato dalla predominanza del principio rappresentativo sul principio democratico. Questa deformazione è stata perpetrata mediante la legittimazione della sovranità rappresentativa come unica via possibile e praticabile e la conseguente condanna della via democratica come illusoria o utopica.

INTRODUCCIÓN

Ogni ricercatore che inizia a studiare un argomento con metodo scientifico in vista della pubblicazione dei risultati del suo lavoro dovrebbe tenere a mente che “l’opera di carità più necessaria del nostro tempo è quella di non pubblicare libri superflui”. Questa citazione di Ortega y Gasset dovrebbe indurci a riflettere sulle ragioni che ci spingono a scrivere, per valutare oggettivamente l’utilità della nostra ricerca, perché “sforzi inutili portano alla malinconia” (Ortega y Gasset) e dovrebbe spingerci anche ad indicare con chiarezza gli obiettivi che intendiamo raggiungere. In ultima analisi, il nostro compito è quello di produrre un evidente beneficio per i lettori che impiegano il loro tempo e le loro energie per leggere attentamente la nostra ricerca con la speranza ragionevole di aumentare e approfondire le proprie conoscenze.

Perché una tesi dottorale sul mandato rappresentativo? Per la sfiducia verso il potere. Il potere –qualunque sia l’orientamento ideologico– deve suscitare sempre il sospetto del cittadino perché, come avvertiva Lord Acton, “il potere corrompe e il potere assoluto corrompe assolutamente”. Per questo, c’è bisogno di introdurre nella struttura costituzionale dello Stato istituzioni popolari di controllo politico, come la revoca e la rendicontazione, per restringere la venalità dei governanti.

Perché una ricerca sulla revoca? Non sto scoprendo il Mediterraneo con questa istituzione, perché da tanti anni essa è riconosciuta negli ordinamenti costituzionali di numerosi paesi latinoamericani e di alcuni stati nordamericani. Tuttavia, nel costituzionalismo europeo, fatta eccezione per la Svizzera, essa è inedita. Perché? Posso intuire una risposta politica: la partitocrazia non è interessata a stabilire un diritto che riconosca delle disposizioni di controllo popolare della sua gestione della cosa pubblica; e una risposta costituzionale:

negli stati europei il principio rappresentativo, di origine liberale-borghese, prevale ancora sul principio democratico.

Colpisce il fatto che nel Vecchio Continente questa istituzione democratica non abbia incontrato un significativo interesse accademico, mentre nell'America latina sono abbondanti le ricerche scientifiche su questo diritto fondamentale di partecipazione alla vita pubblica.

Tuttavia, sono convinto che la revoca incontra l'interesse dei cittadini europei, molto preoccupati per la corruzione istituzionalizzata dei poteri pubblici e sfiduciati perchè il sistema politico non offre delle risposte definitive per sradicarla. Ovvero, non esistono istituzioni che controllano e proteggono in maniera efficace il popolo dal potere dei suoi rappresentanti, la cui attività, dispiegata negli incarichi pubblici, assomiglia a volte più a quella dei membri di organizzazioni mafiose che a quella dei rappresentanti del popolo.

La revoca è un diritto politico fondamentale, incorporato nel principio democratico, perché i poteri o le funzioni che essa conferisce integrano lo *status* giurico-politico del cittadino in quanto regolano la partecipazione popolare alla vita pubblica, in particolare riguardo il controllo e la responsabilizzazione politica dei rappresentati pubblici.

Come si può vedere dalla lettura dell'indice di questa tesi dottorale, questa ricerca copre un periodo molto lungo di storia delle idee politiche – dalla *Lex Regia* dell'epoca imperiale romana alla filosofia politica rivoluzionaria francese della seconda metà del secolo XVIII– un periodo che richiederebbe molti volumi di studi e analisi, impossibili da realizzare in occasione di una tesi dottorale. Il nostro obiettivo è più specifico: presentiamo una ipotesi –il fondamento democratico della revoca del mandato rappresentativo– e

cerchiamo di vedere se e come questo principio ha trovato spazio nella storia del pensiero politico europeo.

Il fondamento della revoca del mandato rappresentativo risiede nella sovranità popolare. Cosa implica questa affermazione? Primo: la revoca ha un'anima democratica e il suo non riconoscimento costituzionale comporta una restrizione della libertà politica, insostenibile in uno Stato democratico; secondo: l'istituzione revocatoria non è propria né esclusiva del mandato imperativo; terzo: il mandato rappresentativo non implica una trasmissione oppure un'alienazione né della titolarità né dell'esercizio della sovranità, ma soltanto la delega o l'affidamento dell'esercizio dei poteri pubblici.

Questa ricerca si propone di dare risposta a domande molto importanti della teoria democratica: perchè il popolo è sovrano? Qual è l'origine del fondamento democratico della sovranità? Che cosa significa sovranità popolare? Bisogna partire da questa solida base per spiegare il significato e le implicazioni giuridiche e costituzionali del mandato rappresentativo. Infine, bisogna analizzare perchè la revoca del mandato rappresentativo è un requisito irrevocabile del principio democratico.

La tesi è divisa in due parti, vale a dire, un primo capitolo che si occupa dello studio della concezione monarchico-divina del potere politico e una seconda parte, che abbraccia i tre capitoli che costituiscono la parte centrale della nostra ricerca e si occupano della legittimazione popolare del potere politico nei quali studiamo il pensiero politico di Bartolo da Sassoferrato e di Marsilio da Padova, della Scuola di Salamanca, di Locke, Rousseau, Sieyès, Condorcet e dei giacobini.

Nei quattro capitoli di questa tesi solcheremo la storia delle idee politiche, attraverseremo l'ideologia costituzionale, ci immergeremo nella teoria del diritto e daremo uno sguardo all'antropologia alla ricerca di argomenti che ci

permettano di affermare, con rigore scientifico, che la revoca del mandato rappresentativo è inerente la sovranità del popolo, chiave di volta del costituzionalismo democratico.

CAPÍTULO PRIMERO

LA LEGITIMIDAD MONÁRQUICO-DIVINA DEL PODER POLÍTICO: *PRINCEPS MAIOR POPULUS*

SUMARIO. 1. La *Lex Regia*. 2. La doctrina hierocrática. 3. La justicia y la potestad legislativa. 4. Los Concilios de la Monarquía visigoda. 5. El origen del Parlamento en Europa. 6. La representación política en el Antiguo Régimen.

1. La *Lex Regia*

La Roma republicana era asamblearia a pesar de los vastos territorios sometidos a su dominio y de la miríada de personas a las que le había concedido la ciudadanía. Los ciudadanos del Impero romano siempre participaron directamente –no concibieron la idea de representación política– en la toma de decisiones públicas en los comicios celebrados exclusivamente en la Ciudad eterna.

“El Estado romano es una democracia, bien que aristocrática. El pueblo –*populus*– decide, mediante elecciones periódicas, de los destinos nacionales. El campesinado viene a votar a la ciudad, en persona. Perfectamente. ¡El ideal de la democracia! Pero he aquí que Roma conquista el Lazio. Al cabo de poco tiempo, y a fin de asegurar la solidaridad de los latinos, les otorga la ciudadanía. Ya tenemos con esto la primera incongruencia entre la forma política romana y la realidad social bajo ella. Porque el Lacio no es ya la franja rural entorno a la urbe. Es una ancha provincia. ¿Cómo pretender que los ciudadanos latinos vengan a votar a la ciudad? Inevitablemente

empieza a crearse un número de electores profesionales que suplantán la voluntad ausente de los más lejanos. La urbe propiamente tal ha crecido. Se ha formado en ella una plebe numerosa que formará el material votante sobre el cual van a ejercer sus manejos los inquietos, los ambiciosos, los díscolos. Pero he aquí que Roma conquista toda Italia. Los itálicos –como en un tiempo los latinos– aparecen primero bajo la especie de aliados. Eso quiere decir que soportan todas las cargas y no tienen casi ningún derecho. (...) después concede Roma de buen grado a los itálicos los plenos derechos civiles. Pero ¿cómo unos y otros no advierten el carácter ilusorio de éstos? ¿Cómo iban a votar en Roma electores tan distantes? Italia está ya hecha. Es un cuerpo enorme: pero se sigue queriendo que venga a votar a la plazuela (...) Parece inconcebible que no viniera a la mente del romano una idea tan simple, para nosotros tan obvia, que desde sus comienzos, como la cosa más natural del mundo, existió en las naciones europeas: la idea de representación política. La porción ausente y lejana de la sociedad puede estar presente de una manera virtual, sin más que elegir un representante de ella. Para poseer tal idea basta con ejecutar una sencilla abstracción y advertir que la voluntad de un ser puede actuar donde no llegue su cuerpo. Si el romano no arriba a ella es simplemente porque era incapaz de esta abstracción”¹.

El desmoronamiento de la República se debió a la severa dificultad de continuar gobernando el extenso y complejo Imperio por medio de un gobierno popular. Así, pues, el advenimiento del Principado se debió esencialmente a razones de pragmatismo político –mejorar el gobierno imperial mediante la centralización del poder– y no a una voluntad del pueblo romano de transferir su soberanía a Augusto y convertirse en esclavo de su nuevo señor².

“STORICO. Ecco, con la chiarissima testimonianza del tuo Pomponio, che il Principato non fu costituito come il dominio di un signore, né in virtù del Principe stesso, cioè per lo stesso Principe, ma per amministrare la Repubblica nel migliore dei modi; il problematico accordo tra un popolo numeroso portò ad affidare questo incarico a pochi, cioè agli anziani.

Ancor più spesso questa stessa difficoltà a costringervi il Senato – quando già l'impero era esteso e sorgevano dappertutto incombenze pubbliche– aprì la strada al Principato; dunque, dapprima, per ben

¹ ORTEGA Y GASSET, J., “Sobre la muerte de Roma (III)”, *El Sol*, 2-IX-1926.

² “STORICO. (...) La parola “signore” fu sempre la più odiata, a Roma: infatti, come non vi è padre senza figlio, così non vi è signore senza schiavo; se il Principe fosse signore del mondo, di certo il Popolo Romano sarebbe schiavo del proprio Principe” (SALAMONE, M., *De Principatu*, VI).

governare la Repubblica, si ricorse al Senato, cioè al governo degli ottimati; poi, per una amministrazione più agevole, si associò il Principato di un solo uomo: si dice che si ocupa della Repubblica una sola persona, e non che questa subisce una dominazione”³.

¿Por qué el pueblo romano no concibió el gobierno representativo? La respuesta hay que buscarla en su concepción de la libertad y de la autorealización personal, comunes no sólo al *populus romanus* sino también al ateniense. La libertad de los antiguos “consistía en ejercer colectiva pero directamente varios aspectos incluidos en la soberanía: deliberar en la plaza pública sobre la guerra y la paz, celebrar alianzas con los extranjeros, votar las leyes, pronunciar sentencias, controlar la gestión de los magistrados, hacerles comparecer delante de todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles (...) además admitían como compatible con esta libertad colectiva, la sujeción completa del individuo a la autoridad del conjunto”⁴.

La categoría de las libertades civiles individuales era desconocida en la Antigüedad. No había resquicio para la autonomía personal, nada se sustraía a la ley, expresión de la irrestricta autoridad del pueblo. El ciudadano no estaba domeñado por un tirano o un cuerpo oligárquico sino que se sujetaba de forma inquebrantable a la tiranía popular: esclavo de sí mismo.

“Los hombres no eran, por decirlo así, sino máquinas cuyos resortes y engranajes eran regulados por la ley. La misma sujeción caracterizaba los hermosos siglos de la república romana; el individuo, de algún modo, se había perdido en la nación, el ciudadano en la ciudad”⁵.

¿Por qué la felicidad de los antiguos se cifraba en la libertad política, en ejercer *motu proprio* los poderes soberanos? La respuesta nos la ofrece de nuevo Constant: “En la antigüedad, la parte que cada uno tomaba de la soberanía nacional no era, en absoluto, una suposición abstracta. La voluntad de cada

³ *Ibidem*, VI.

⁴ CONSTANT, B., “Sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Escritos Políticos*, estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía, Madrid, 1997, p. 260.

⁵ *Ibidem*, p. 261.

uno tenía una influencia; el ejercicio de esta voluntad era un placer vivo y respetado. En consecuencia, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios para conservar sus derechos políticos y su parte en la administración del Estado. Cada uno, sintiendo con orgullo cuánto valía su sufragio, hallaba en esta conciencia de su importancia personal una amplia compensación”⁶.

El origen de la *Lex Regia* se encuentra en la *Lex Titia* del año 43 a. C, propuesta por un tribuno de la plebe y aprobada por el *Concilium Plebis*. Constituye el acta de defunción de la República porque revocó los poderes del Senado y de las asambleas populares para entregárselos a Octaviano, Lépido y Marco Antonio, nombrados *Triunviri rei publicae constituendae*.

Con la “*lex de imperio* o *lex regis* se denomina al procedimiento del Senado, aprobado por aclamación del pueblo, por el cual se acostumbró a conferir unitariamente a los sucesores de Augusto los varios poderes de los que él había gozado”⁷.

“Mediante la referida atribución formal [*Lex Regia*] se reconoció al príncipe no un poder único, sino una suma de poderes varios (...) que proceden de las magistraturas republicanas, de las que difieren en cuanto (...) se asientan en el príncipe, del que emanan y [carecer] de los límites que les eran connaturales (...). Hay una separación total de las categorías tradicionales, con la nueva creación del príncipe, que, aunque inserto en un orden jurídico constitucional que es el que le atribuye los poderes [*lex regis*], sin embargo, no lo convierte en magistrado, al menos en el sentido republicano del término.

(...)

Tal atribución de poderes constituyó para todo el principado el fundamento legal de la investidura del nuevo príncipe, aunque en realidad la elección efectiva de éste estaba ya preparada por el predecesor, que adoptaba y mostraba, asociándolo en todo o en parte al poder, al sucesor designado, o bien dependía de las distintas fuerzas sociales, políticas y sobre todo militares del imperio, las cuales en último extremo, aclamándolo como

⁶ *Ibidem*, p. 267.

⁷ BURDESE, A., *Manual de Derecho Público Romano*, Introducción, traducción y notas de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, 1972, p. 202.

imperator a su candidato, anticipaban y determinaban su investidura por parte del Senado.

La necesidad de la atribución formal de poderes estaba sustentada por la idea misma del *princeps*, cuya suprema *auctoritas* no se concedía como patrimonio hereditario sino como posición de supremacía, de fondo moral o político, basada en sus méritos personales y generalmente reconocidos”⁸.

La *summa potestas* que el *populus romanus* concedía singularmente a cada uno de los emperadores por medio de la *Lex Regia*⁹ no lo situaba fuera y por encima de la ciudad. No era el señor del pueblo romano sino un administrador cualificado de la *civitas*, un ministro o funcionario, cuyos poderes eran delegados y limitados.

“FILOSOFO. Perciò il Principe non è un signore, ma piuttosto un ministro, perché la dominazione e il Principato sono sistemi inconciliabili per natura; quindi Plinio nel Panegirico parlò di Traiano, dicendo che ricopre il posto di Principe perché non vi sia spazio per il signore; e lo stesso del divo Nerva: non ti presenterai come un signore ai tuoi schiavi ma come un Principe ai cittadini”¹⁰.

El *populus romanus* era la única fuente material del Derecho: “Lo que el pueblo ordena y ha establecido”¹¹. Así, pues, la legitimidad de todos los productos normativos –fuentes formales del Derecho– residía en el *consensus populi*. Era el pueblo el que confería mediata –*Lex Regia*– o inmediatamente –costumbre– la autoridad legislativa a un texto articulado: *constitutiones, decreta* y

⁸ *Ibidem*, pp. 199 y 202-203.

⁹ “FILOSOFO. (...) Il primo paragrafo [legge regia di Vespasiano] indica che non fu promulgata una legge Regia unica per tutti gli Imperatori –come invece sosteneva il nostro Storico –, ma si resero inevitabili leggi per ogni Principe singolarmente, recanti gli accordi sui quali il Principato veniva conferito dal Popolo Romano. Infatti è evidente che al Divo Vespasiano fu concesso il potere di allargare il pomerio, come fu dato a Germanico, ma non agli altri Principi. E nel penultimo paragrafo –dove dice: sia concesso all’Imperatore Cesare Vespasiano Augusto fare tutto ciò che fu utile facessero, in forza di ogni legge e proposta di legge, il Divo Augusto, Tiberio Giulio Cesare Augusto, e Tiberio Claudio Cesare Augusto Germanico– fu dato a Vespasiano un potere più ampio rispetto ai sunnominati Imperatori, in quanto a loro tornò utile prendere quei provvedimenti che a Vespasiano, secondo la legge, non conveniva prendere” (SALAMONE, M., *De principatu*, VII).

¹⁰ *Ibidem*, VI.

¹¹ GAYO, *Instituciones*, 1, 3.

rescripta, o a determinadas conductas o comportamientos sociales reiterados en el tiempo. En efecto, la autoridad del emperador para aprobar normas jurídicas no era autógena sino heterógena, procedía del pueblo, al que estaba subordinado.

“FILOSOFO. Il Popolo, dal momento che lo elegge, è più importante del Principe appunto da esso creato: come ogni causa è maggiore del proprio effetto, così il diritto stesso, l'autorità, e il potere grazie ai quali viene creato il Principe, sono qualcosa di più importante del suo stesso Principato”¹².

La *plenitudo potestatis* residía en el *populus romanus*¹³, sin embargo, para lograr una mayor eficacia en la gestión pública el pueblo aprobaba la *Lex Regia*, por medio de la cual designaba al emperador para que actuara en su nombre y establecía sus facultades y atribuciones, así como la forma en la que tenía que ejercerlas. Su poder, por tanto, estaba limitado por la *Lex Regia* y era inferior al del pueblo.

“FILOSOFO. La legge Regia, da chi si dice essere stata promulgata?

GIURISTA. Dal Senato e dal Popolo Romano.

FILOSOFO. Dunque fu una legge del popolo.

GIURISTA. Chi ne dubita?

FILOSOFO. Se la legge è del popolo e a quella è vincolato, allora è vincolato alla legge del popolo.

GIURISTA. Parli per sofismi: io dico che il Principe è sciolto dalla legge Regia, cioè, emanata appunto perché si sapesse che è sciolto dalle leggi. Stando così le cose, chi può essere vincolato a una disposizione che ti impone di esserne del tutto esente?

FILOSOFO. Rispondi, ti prego: proporre o meno quella legge fu una libera determinazione del popolo?

GIURISTA. Lo fu, certo.

FILOSOFO. E con quelle condizioni che fossero gradite al popolo?

GIURISTA. Sì.

¹² SALAMONE, M., *De principatu*, II.

¹³ “STORICO. Dunque il Popolo Romano si diede gli Imperatori non come signori, ma come difensori: e l'impero rimase sempre del Popolo Romano, non dei Cesari. Credo che almeno una volta noi tutti abbiamo visto l'arco di trionfo in marmo del divo Severo, che ancora svetta intatto ai piedi del Campidoglio, nella parte che guarda al Palatino, dove dopo le iscrizioni delle gloriose imprese, si trova scritto: «PER L'AMPLIAMENTO DELL'IMPERO DEL POPOLO ROMANO». Se fosse stato l'impero di Severo, non ci sarebbe scritto “del Popolo Romano” (*ibidem*, VI).

FILOSOFO. Avrebbe potuto il Principe accingersi al comando a condizioni diverse da quelle prescritte dalla legge Regia?

GIURISTA. Nient'affatto.

FILOSOFO. Dunque il Principe obbedirà alle condizioni della legge Regia.

GIURISTA. Senza dubbio, se non vuole porre in atto una tirannide.

FILOSOFO. Dunque il Principe è vincolato alla legge Regia e per questo del popolo.

TEOLOGO. Non si può negare, ammettilo.

GIURISTA. Va bene, è obbligato a quella soltanto”¹⁴.

El *princeps* estaba sometido a la *Lex Regia*: ley suprema o fundamental del ordenamiento jurídico imperial, y en caso de que la infringiera o de que concurriera cualquier otra justa causa podía ser revocado por el pueblo a través del Senado o del Tribunado de la plebe¹⁵. Así, pues, el *populus romanus* no le transfería su soberanía al príncipe, sino sólo el ejercicio, reteniendo la titularidad de la misma, lo que le faculta para deponerlo y recuperar las facultades concedidas.

“GIURISTA. Tra i nostri dottori vige quell’opinione per cui il popolo romano avrebbe potuto allontanare il Principe dalla Magistratura per una giusta causa. Ebene a proposito disse il nostro Baldo nei libri delle *Risposte*: *L’Imperatore può consegnare il potere supremo a un altro e così facendo non rinuncia a nulla di sé, perché l’onore del potere, come la sovranità, non lo può trasferire a un altro senza rimanere egli stesso superiore* queste le affermazioni di Baldo apprezzate da Caccialupo: dunque così il Popolo Romano consegnò al Principe il potere”¹⁶.

El jurisconsulto Ulpiano (s. II) formuló el contenido u objeto de la *Lex Regia* en el Libro Primero de sus *Instituciones*: “*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*”, recogida posteriormente en el *Digesto*¹⁷. Se aprecia una clara resonancia republicana ya que la soberanía sigue residiendo en el pueblo, “giunge alla formulazione di una autorità personale ilimitata del

¹⁴ *Ibidem*, II.

¹⁵ SALAMONE, M. A., *La idea del contrato social en Mario Salamone de Alberteschi: sus vínculos con la escuela de salamanca y el constitucionalismo inglés*, Madrid, 2005, (tesis doctoral), p. 217, <http://goo.gl/qhGCBX>, fecha de consulta: 15-II-2015.

¹⁶ SALAMONE, M., *De principatu*, VI.

¹⁷ *Digesto*, I, 4, 1.

princeps, fundada su un principio puramente democrático: el consenso del pueblo (...) Ulpiano sembra parlare ancora di un conferimento di poteri (*imperium* e *potestas*) attuato, di volta in volta, in favore del nuevo príncipe; conseguentemente il pueblo non si priva mai definitivamente della titolarità del potere”¹⁸.

“L’indirizzo democrático, che accena ad una mera concessio, temporale e revocabile dal pueblo stesso che l’ha fatta, in ogni momento e luogo che creda opportuno”¹⁹.

Sin embargo, en las *Institutiones* de Justiniano se introduce interesadamente un matiz en la enunciación ulpiniana de la *Lex Regia* que trata de eclipsar la tradición constitucionalista del Estado romano²⁰: *concessit* en lugar de *conferat*. Se cambia el verbo *conferre* por *concedere* y se modifica el tiempo presente por el pretérito, con lo que vira el modelo político hacia el absolutismo: “*Quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit*”²¹. Asimismo, en el *Digesto* (I, 3, 31) y en las *Instituciones* (I, 2, 6) se abona o robustece esta teoría absolutista del poder mediante la inserción de la celeberrima afirmación atribuida a Ulpiano “*princeps legibus solutus est*”.

“(…) le prerrogative del pueblo romano sono state trasferite in passato nelle mani dell’imperatore, secondo un proceso di verticalizzazione del potere che porta il príncipe ad assumere una posizione assolutamente dominante”²².

¹⁸ PIO, B., “Considerazioni sulla “lex regia de imperio” (secoli XI-XIII)”, *Scritti di storia medievale offerti a Maria Consiglia de Matteis*, Spoleto, 2011, p. 575.

¹⁹ BATTAGLIA, F., *Marsilio di Padova e la filosofia politica del Medio Evo*, Firenze, 1928, p. 69.

²⁰ “La doctrina fundamental que subyace al estado romano, su verdadero espíritu guía, es el constitucionalismo, no el absolutismo (constitucionalismo que, aún en el siglo VI, no pudieron borrar de las fuentes legales los comisionados de Justiniano, a pesar de las órdenes del Emperador de poner al día dichas fuentes con añadidos, eliminaciones o cambios). (...) la influencia romana verdaderamente decisiva en la política europea posterior llegó, no con la tendencia absolutista de después del Renacimiento italiano, sino con el reforzamiento del constitucionalismo durante la época medieval” (HOWARD McILWAIN, C., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991, pp. 78 y 79).

²¹ *Institutiones*, I, 2, 6.

²² PIO, B., *op. cit.*, p. 576.

“L’indirizzo assolutistico, il quale accenna ad una *concessio* una volta tanto e quindi ad una alienazione della sovranità dal popolo al principe, onde il primo non può riacquistarla”²³.

La adopción de la religión de Cristo como la oficial del Imperio romano en el Edicto de Tesalónica (380) produjo la incorporación de los dogmas cristianos al derecho romano justiniano en orden a formular una teoría teocrática y absolutista, inserta en el *Corpus Iuris Civilis* por medio de la *Constitutio Deo auctore*

“Gobernando, por obra de Dios, nuestro imperio, que nos fue entregado por la autoridad celestial, felizmente acabamos las guerras, honramos la paz y preservamos la prosperidad del Estado: y de tal modo apoyamos nuestros ánimos en el auxilio de Dios, que ni confiamos en las armas ni en nuestros soldados ni en los generales ni en nuestro ingenio, sino que remitimos toda esperanza a la sola providencia de la augusta Trinidad: de quien procedieron los elementos de todo el mundo y se produjo su disposición en el orbe de la tierra. (...) Pues habiendo sido trasferido por la antigua ley, que se llamaba regia, todo derecho y toda potestad del pueblo Romano a la potestad imperial²⁴.

El absolutismo imperial socavó el inveterado poder del pueblo romano, con todo lo que ello significaba: transmisión irrevocable del poder, ausencia de mecanismos de control político y la degradación de los *cives* en *subditi*.

“Il ruolo del popolo romano viene immediatamente annullato nell’automatismo di una translatio che vanifica ogni possibilità di esercizio del potere da parte del popolo (...) il trasferimento di potere in favore del principe sia avvenuto una volta per tutte e non necessiti di continue conferme popolari”²⁵.

El concepto de *Lex Regia* es nuclear al objeto de nuestra investigación porque incide en la clave de bóveda de la ciencia del Estado: el origen o fundamento del poder político. De las dos nociones de la *Lex Regia* que hemos expuesto –Ulpiano y Justiniano– se derivaron dos doctrinas políticas

²³ BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 69.

²⁴ Traducción de Pedro E. León Mescua, <http://goo.gl/0sdqRh>, fecha de consulta: 30-VII-2014.

²⁵ PIO, B., *op. cit.*, pp. 577-78.

antitéticas: una democrática –*populus maior princeps*– y otra absolutista –*princeps maior populo*–.

2. La doctrina hierocrática

En los tiempos de la violencia y las persecuciones contra los cristianos en el Imperio Romano²⁶, la primitiva Iglesia de Cristo preconizaba la libertad y la tolerancia religiosa en virtud del principio de separación entre el poder temporal y el espiritual: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”²⁷.

Las comunidades cristianas se reunían clandestinamente en las catacumbas para escuchar el Evangelio y celebrar la Eucaristía “sin inmiscuirse para nada en las funciones de las magistraturas del Imperio, a las que los cristianos aprenden en los textos del Nuevo Testamento que deben estar sometidos y obedecer, pero a las que no se les reconoce función alguna en la vida interna de las comunidades. Y, por supuesto, los cristianos deben obedecer al emperador, pero no pueden adorarlo”²⁸.

El respeto hacia el disidente religioso era pleno: tanto hacia aquéllos que profesaban un culto dispar, a los que no podía juzgar el cristiano por ser de otra confesión, difiriendo ese juicio a Dios, único Juez de los de *fuera*²⁹;

²⁶ “A todos aman y por todos son perseguidos. Se les desconoce y se les condena. Se les mata y en ello se les da la vida. Son pobres y enriquecen a muchos. Carecen de todo y abundan en todo. Son deshonrados y en las mismas deshonras son glorificados. Se les maldice y se les declara justos. Los vituperan y ellos bendicen. Se les injuria y ellos dan honra. Hacen bien y se les castiga como malhechores; condenados a muerte se alegran como si se les diera la vida. Los judíos los combaten como a extranjeros; son perseguidos por los griegos y, sin embargo, los mismos que los aborrecen no saben decir el motivo de su odio” (*Carta a Diogneto* (s. II d. C), citado por “Página Abierta”, *Iglesia Viva*, nº 237, Valencia, 2009, p. 126.

²⁷ Mt 22, 21.

²⁸ LOMBARDÍA, P., “Síntesis histórica”, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M^a. *et alii*, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1980, p. 42.

²⁹ Cfr. 1 Co 5, 12-13.

como hacia los cristianos descarriados de la fe e infractores de sus deberes religiosos, a los que había que tratar amorosa y comprensivamente –“amaros unos a otros como yo os he amado”³⁰– para intentar reconducirlos de nuevo a la grey de Cristo.

La situación social de los cristianos en el Imperio romano cambió radicalmente a partir del Edicto de Milán (313 d. C). Este Decreto, aprobado por los emperadores Constantino y Licinio, es un hito en la Historia de la tolerancia y de la libertad de conciencia ya que estableció la libertad religiosa. De modo que el cristianismo quedó integrado en la sociedad y dejó de ser estigmatizado y violentado:

“Yo, Constantino Augusto, y yo también, Licinio Augusto, reunidos felizmente en Milán para tratar de todos los problemas que afectan a la seguridad y al bienestar público, hemos creído nuestro deber tratar junto con los restantes asuntos que veíamos merecían nuestra primera atención el respeto de la divinidad, a fin de conceder tanto a los cristianos como a todos los demás, facultad de seguir libremente la religión que cada cual quiera, de tal modo que toda clase de divinidad que habite la morada celeste nos sea propicia a nosotros y a todos los que están bajo nuestra autoridad. Así pues, hemos tomado esta saludable y rectísima determinación de que a nadie le sea negada la facultad de seguir libremente la religión que ha escogido para su espíritu, sea la cristiana o cualquier otra que crea más conveniente, a fin de que la suprema divinidad, a cuya religión rendimos este libre homenaje, nos preste su acostumbrado favor y benevolencia”³¹.

Sin embargo, el florecimiento de la libertad religiosa se marchitó sesenta y siete años después del Decreto milanés a causa del Edicto de Tesalónica (380 d. C) –*Cunctos Populos*–, promulgado por los emperadores Graciano, Valentiniano II y Teodosio I:

“Todos nuestros pueblos (...) deben adherirse a la fe transmitida a los romanos por el apóstol Pedro, la que profesan el pontífice Dámaso y el obispo Pedro de Alejandría (...), o sea, reconocer, de acuerdo con la enseñanza apostólica y la doctrina evangélica, la Divinidad una y la Santa

³⁰ Jn 15, 12.

³¹ LACTANCIO, *De mortibus persecutorum* (c.318-321), citado por ARTOLA, M., *Textos fundamentales para la Historia*, Madrid, 1968, p. 21.

Trinidad del Padre, el Hijo y el Espíritu Santo. Únicamente los que observan esta ley tienen derecho al título de cristianos católicos. En cuanto a los otros, estos insensatos extravagantes, son heréticos y fulminados por la infamia, sus lugares de reunión no tienen derecho a llevar el nombre de iglesias, serán sometidos a la venganza de Dios y después a la nuestra”³².

Con este Edicto el Imperio romano involucionó a la época del hostigamiento por motivos religiosos, pero en un escenario diferente: los victimarios eran los cristianos y los perseguidos los fieles de las demás confesiones.

El cristianismo pasó de ser una religión proscrita y asediada a la oficial del Imperio, lo que fortaleció la posición institucional del papado en el gobierno imperial y propició la construcción de la teoría hierocrática en orden a instaurar un régimen político en el que el papa fuera el único y legítimo emperador de los romanos.

La evangelización cristiana se sirvió de un lenguaje jurídico³³, inspirado en el derecho romano, y, por tanto, conminatorio, para transmitir el dogma y la moral cristianos que cristalizará siglos después en el *ius canonicum*, que siempre mantuvo vasos comunicantes con el *ius civile* –derecho romano justiniano–, conformando ambos el denominado *ius commune*³⁴.

³² *Código Teodosiano*, 16, I, 2, citado por LADERO, M. A., *Historia Universal de la Edad Media*, Barcelona, 1987, p. 55.

³³ Esta modalidad de evangelización estaba avalada por el Antiguo Testamento, preñado de disposiciones jurídicamente vinculantes para los judíos –Torà–. También fue favorecida por difusión de *La Vulgata* de San Jerónimo, traducción latina de la Biblia hebrea y griega realizada a finales del siglo IV, ya que utiliza instituciones y conceptos jurídicos del derecho romano. Lo que fue en detrimento de su calidad filológica al no coincidir esos términos latinos con sus correspondientes de la Biblia original.

³⁴ “(...) en el orden medieval no hay una tensión entre Derecho canónico y Derecho secular, en los términos en que este problema pueda plantearse después de la consolidación del Estado. En realidad hay un Derecho común (romano y canónico) típicamente universitario; pero también un Derecho real, un Derecho municipal, un derecho de determinados grupos o clases eclesiásticas o seculares, etc. El gran éxito de los papas estriba en que, además de poner en juego su poder para hacerse obedecer en las cuestiones eclesiásticas o en conseguir que tales o cuales cuestiones o personas caigan bajo la competencia de los tribunales eclesiásticos, consiguen además crear un Derecho culto, de difusión universitaria, cosa que ningún Emperador o rey del Medievo intentó siquiera

La doctrina hierocrática o de *las dos espadas*³⁵ se funda en la cosmogonía cristocéntrica medieval³⁶, que estriba sobre la legitimación divina de la soberanía del monarca papal en las esferas temporal y espiritual.

“Hay dos espadas: la espiritual y la temporal (...). Una y otra espada, pues, están en la potestad de la Iglesia, la espiritual y la material. Mas ésta ha de esgrimirse en favor de la Iglesia; aquella por la Iglesia misma. Una por mano del sacerdote, otra por mano del rey y de los soldados, si bien a indicación y consentimiento del sacerdote. Pero es menester que la espada esté bajo la espada y que la autoridad temporal se someta a la espiritual. Que la potestad espiritual aventaje en dignidad y nobleza a cualquier potestad terrena, hemos de confesarlo con tanta más claridad, cuanto aventaja lo espiritual a lo temporal (...). Porque, según atestigua la Verdad, la potestad espiritual tiene que instituir a la temporal, y juzgarla si no fuere buena (...). Luego si la potestad terrena se desvía, será juzgada por la potestad espiritual; si se desvía la espiritual menor, por su superior; mas si la suprema, por Dios solo, no por el hombre podrá ser juzgada”³⁷.

Esta teoría política localiza el poder originario en Dios. Todas las instituciones y órganos eclesiásticos y temporales tienen un poder derivado y concedido graciosamente por el Altísimo –“*Gratia Dei sum id quod sum*”³⁸–, quien nombra a un vicario en la tierra al que confiere *la plenitudo potestatis* y por medio del cual asigna determinados cargos civiles y religiosos entre los cristianos.

El vicariato papal implicaba que Dios estaba presente en la tierra por medio del sumo pontífice. La doctrina hierocrática, caracterizada por la

lograr; para la Universidad medieval el último príncipe temporal creador de un sistema de Derecho más o menos completo había sido Justiniano” (LOMBARDÍA, P., *op.cit.*, p. 54).

³⁵ Cfr. Lc 22, 35-38; Jn 18, 11; Ez 21, 28-30.

³⁶ “Sométanse todos a las autoridades constituidas, pues no hay autoridad que no provenga de Dios, y las que existen por Dios han sido constituidas. De modo que, quien se opone a la autoridad, se rebela contra el orden divino, y los rebeldes se atraerán sobre sí mismos la condenación (...) [la autoridad] es para ti un servidor de Dios para el bien (...) un servidor de Dios para hacer justicia y castigar al que obra el mal. Por eso precisamente pagáis impuestos, porque [los magistrados] son funcionarios de Dios” (San Pablo, *Epístola a los Romanos*, 13, 1-7).

³⁷ Bula *Unam Sanctam* (1302) del papa Bonifacio VIII, citado por DENZINGER, E., *El magisterio de la Iglesia. Manual de los símbolos, definiciones y declaraciones de la Iglesia en materia de fe y costumbres*, Barcelona, 1963, pp. 170 y 171.

³⁸ I Cor. 15, 10.

concepción descendente del poder y del derecho, es ajena a la idea de representación: Dios no se representa, nadie puede actuar en su nombre, sólo cumplir sus directrices. El Altísimo transmite a un oficio —el papa, sucesor de Pedro— no a una persona concreta la *summa potestas* para que gobierne el mundo temporal y eclesial según los preceptos y dogmas cristianos³⁹.

La teoría hierocrática gravitaba sobre tres ideas basilares, a saber, la identificación de los poderes petrinus con los de Jesucristo; la centralidad del cristiano (hombre bautizado) y el pontífice como sucesor de Pedro.

La primera se fundamenta en el pasaje evangélico de Mateo 16, 18-19: “(...) tú eres Pedro y sobre esta piedra edificaré yo mi Iglesia (...). A ti te daré las llaves del reino de los Cielos; y todo lo que ates en la tierra quedará atado en los cielos, y todo lo que desates en la tierra quedará desatado en los cielos”. Como bien apunta D’Amico, la almendra de este fragmento reside en la expresión “todo lo que” (*quodcumque*), interpretado en el sentido de que “los poderes petrinus lo comprenden y abarcan todo (...) toda cosa y persona”⁴⁰.

Según este fragmento bíblico, Jesucristo es el artífice o creador de la Iglesia de la que forman parte todos los fieles, consagrados o no, y confiere *uno icto* a Pedro el oficio de gobernante de la *congregatio fidelium* y le transfiere la jurisdicción universal de la Cristiandad, que comprendía la promulgación de decretos imperiales y la resolución de conflictos —*potestas ligandi et solvendi*— vinculantes *erga omnes*, incluidos el emperador y los reyes, en orden a que gobierne a los cristianos conforme a sus principios y enseñanzas.

Ullmann infiere tres principios políticos de la referida cita evangélica que definen los contornos de la teocracia papal, a saber, el *principio de*

³⁹ Cfr. ULLMANN, W., *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, 1985, pp. 24 y 25.

⁴⁰ D’AMICO, C., “El conciliarismo y la teoría ascendente del poder en las postrimerías de la Edad Media”, en BORÓN, A. A., *La filosofía política clásica: de la Antigüedad al Renacimiento*, Buenos Aires, 1999, p. 127.

indivisibilidad o totalidad: “El objeto de atención no lo constituía el hombre en abstracto, sino el cristiano, colocado en un nivel diferente al del simple hombre (...). (...) la perspectiva del papado medieval partía de la consideración de que toda acción ha de tener una significación cristiana y ha de ser motivada por normas cristianas”.

El *principio del automatismo*: “La atadura en el cielo era una consecuencia necesaria y automática de la atadura en la tierra, e igual sucedería con aquello que desatará. No existía ningún tribunal o alta corte de justicia que pudiera enjuiciar, revisar, fiscalizar o modificar la decisión petrina en lo referente a atar y desatar”⁴¹.

La comprensión cabal del *principio de la plenitud de poder* del pontífice implica la realización de varias consideraciones. Primera: la teoría hierocrática distingue netamente entre el papa, persona física, que formaba parte de la Iglesia, y el papa titular del oficio papal, que estaba fuera y por encima de ella. Lo relevante era que todos los aspectos o dimensiones de la vida de los cristianos estaban regidos por las normas jurídicas promulgadas por la institución papal en orden a la salvación del alma; no por la persona que temporal o coyunturalmente la encarnaba. Segunda: todos los miembros de la Iglesia, con independencia de su cargo, oficio o dignidad, estaban sometidos al poder papal. Tercera: la Iglesia carece de poderes o derechos originarios porque todo poder, facultad o atribución de los cristianos –cuerpo de la Iglesia– procede en última instancia de Dios, titular originario, que se los había transmitido a Pedro y éste al papa.

Como el Imperio era una entidad confesional que había establecido el cristianismo como religión oficial y los emperadores incidían en su acendrado carácter religioso, el papado identificó la Iglesia con el Imperio: comunidad política de creyentes.

⁴¹ ULLMANN, W., *op. cit.*, pp. 38 y 40.

El papa, tenedor del poder supremo, era el intermediario o mediador entre Dios y la Iglesia. Estaba legitimado para conceder la *potestas* –poderes subalternos– a emperadores y reyes, cuya función era esencialmente la de asegurar la aplicación de sus normas para materializar el Reino de Dios en la tierra. Éstos asumieron que ejercían sus oficios por la gracia divina, es decir, que su *potestas* era una concesión, favor o *beneficium* de Dios que recibían del papa por medio del sacramento de la unción, lo que evidenciaba el vínculo entre ellos y Dios.

El recipiario de la gracia divina aceptaba que no tenía derecho a la *potestas* ni al oficio conferido por medio del papa y comprendía el carácter precario de las prerrogativas que le había conferido Dios. Nunca podía reclamar la titularidad de las mismas porque “el principio de concesión excluye el derecho a la cosa concedida”⁴². En la práctica política era un poder cuya delimitación subjetiva y objetiva dependía de la voluntad pontificia, y podía revocarlo o modificarlo cuando los precaristas no fueran útiles o idóneos a los fines transcendentales.

El papa era el soberano, el superior de la Iglesia, estaba situado sobre ella y no formaba parte de la *congregatio fidelium* porque Dios le había dado la Iglesia y encomendado su dirección. No tenía ningún vínculo jurídico con los cristianos ya que su poder tenía un fundamento trascendente y no inmanente, por lo que no estaba obligado, como los súbditos, a cumplir sus normas y su persona era inviolable y no sujeta a responsabilidad.

La segunda idea cardinal es la centralidad del cristiano. En efecto, esta teoría eclipsa al hombre natural para centrar el foco exclusivo de su interés en el cristiano. El bautismo era el acto jurídico que determinaba el ingreso en la Iglesia y el sometimiento de la persona a la urdimbre jurídica cristiana: “La «criatura nueva» que había experimentado un segundo nacimiento por medio

⁴² *Ibidem*, p. 55.

de la divina gracia a través del bautismo. (...) [por medio del cual] se veía elevado al rango de criatura que participaba de los mismos atributos que la divinidad. Por el bautismo pasaba a ser un creyente que se subordinaba a las leyes que le dictasen. Como cristiano, se situaba a un nivel distinto del de mero hombre”⁴³.

La tercera constituye el nudo gordiano de esta doctrina: el papa como sucesor de Pedro. La teoría política hierocrática se fundamenta en la estrecha vinculación entre Jesucristo, Pedro y la institución papal. La alianza divina y petrina estaba acreditada, como hemos visto, por la Biblia, pero la dificultad probatoria residía en acreditar que el papa era el sucesor de Pedro y, por tanto, de las potestades de Jesucristo.

El título legitimante de los poderes papales no se encuentra en las Sagradas Escrituras sino en la *Epistola Clementis*, documento presuntamente apócrifo de finales del siglo II o comienzos del III, escrito en griego, cuya traducción latina se realizó a finales del IV o principios del V por Rufino de Aquilea. Esta carta fue enviada por el papa Clemente I a San Jaime, en la que asevera que poco tiempo antes de su muerte San Pedro le había instituido como sucesor universal ante el pueblo romano y le había transmitido sus poderes:

“Yo le doy a Clemente la autoridad para atar y desatar, de manera que cuanto él crea conveniente decidir sobre la tierra, sea aprobado en el cielo, ya que atará lo que deba atarse y desatará lo que deba ser desatado”⁴⁴.

La Iglesia utilizó la legislación romana sobre la herencia para fundamentar jurídicamente la adquisición papal de los poderes y del oficio petrinos, debido a que el heredero se subroga en el *status* legal del finado al objeto de dar continuidad a las relaciones jurídicas del causante. Así, pues, dado que aquéllos formaban parte del caudal relicto de Pedro se transmiten al

⁴³ ULLMANN, W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, 1983, p. 159.

⁴⁴ ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, p. 47.

heredero, en este caso al papa, no así sus cualidades subjetivas, es decir, las virtudes y los méritos personales que le hicieron merecedor de la confianza de Jesucristo⁴⁵. Por eso, el papa León I se denomina así mismo “indigno heredero de San Pedro”. Esto implica que los papas no heredan su posición jurídico-institucional –monarcas de la Iglesia– de sus predecesores sino directamente de Pedro.

El papa era el vicario de Cristo y estaba imbuido por el sentido o la inspiración divina –*sensum Christi*–, por eso el ejercicio de los poderes jurisdiccionales del papado no eran arbitrarios, es decir, cuando el papa promulgaba un decreto, emitía un juicio o dictaba una sanción aunque formalmente era el resultado de su voluntad lo que se reflejaba materialmente en el documento no era sino la *voluntas dei*.

La naturaleza dual de la Iglesia –espiritual y temporal– se evidencia en la determinación del Derecho por la fe. El papa era la exclusiva fuente material del Derecho porque era la única autoridad teológica legitimada por su ciencia para interpretar derechamente las Sagradas Escrituras de acuerdo con el juicio omnipotente de Dios, de donde decantaba los principios de la fe que luego traducía en normas jurídicas que regulaban los asuntos temporales y espirituales en orden a la consecución de la finalidad celestial: la salvación del alma y la vida eterna, características de la sociedad cristiana⁴⁶.

El papa lo sabía todo, era el único que conocía el bien y mal, aquello que era de interés de la Iglesia y lo que no. Por tanto, el emperador y el monarca tenían una sapiencia limitada y, por ello, estaban sometidos a las normas papales. Su autonomía política estaba muy restringida y cualquier disposición suya podía ser revocada por el papa.

⁴⁵ Cfr. Mr 8, 27-30.

⁴⁶ “(...) el gobierno consistía en la transformación de la doctrina, es decir, de la expresión doctrinal de una norma o patrón, en regla de acción eficaz, es decir, en ley. La facultad para transformar la pura doctrina en derecho suponía la posesión de una potestas” (ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, pp. 97 y 40).

El interés de la Iglesia en que la soberanía papal comprendiera la dirección política de los asuntos temporales tenía una base teológica: “El cristianismo abarcaba la totalidad del hombre y la totalidad de sus actividades, sin dividir las en dos compartimentos distintos, idea que llevaba a un sistema totalitario de gobierno”⁴⁷. El mundo temporal se supeditaba al objetivo espiritual porque era un medio para alcanzarlo.

“Hay, en verdad, augustísimo emperador, dos poderes por los cuales este mundo es particularmente gobernado: la sagrada autoridad de los papas y el poder real. De ellos, el poder sacerdotal es tanto más importante cuanto que tiene que dar cuenta de los mismos reyes de los hombres ante el tribunal divino”⁴⁸.

Siguiendo la doctrina bíblica⁴⁹, el Imperio romano cristiano era un organismo vivo –cuerpo de Cristo–: cada creyente tenía una función o cargo determinado dentro de la Iglesia, que dependía jerárquicamente de su inmediato superior hasta llegar al papa, cabeza del Imperio.

Esta concepción funcionalista de la comunidad política fue el cimiento doctrinal de la sociedad estamental y jerarquizada del Antiguo Régimen, caracterizada por el hermetismo y la inmovilidad social y la asimetría en las relaciones de poder.

Tras la caída del Imperio romano de Occidente en poder de los pueblos bárbaros, el papado pretendió imponer su doctrina hierocrática sobre el Imperio Romano de Oriente, pero no logró su objetivo porque la teoría política real-sacerdotal que consideraba al emperador vicario de Cristo estaba fuertemente arraigada. Así se puso de relieve en el Concilio de Constantinopla del año 536 y después Justiniano la juridificó en el *Corpus Iuris Civilis*.

⁴⁷ ULLMANN, W., *Historia del pensamiento político...*, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ Carta del papa Gelasio I al emperador Anastasio I (494), citado por GALLEGO BLANCO, E., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Madrid, 1973, pp. 82 y 83.

⁴⁹ Cfr. 1ª Cor 12, 27, Col 1, 18, entre otras.

La teoría cesaropapista o ideología imperial es cristocéntrica: el poder imperial procede de Dios: “El Imperio es una institución humana regida por la Providencia”⁵⁰, por tanto su fundamento primario se encuentra en las Sagradas Escrituras⁵¹.

El derecho romano justiniano no presentaba similitudes significativas con el vigente en la Roma republicana e imperial: “Es una creación bizantina, hecha por un emperador cristiano para regir la *oikoumene* universal”. Las características sociológicas de Bizancio eran disímiles a las de la Ciudad Eterna, devastada por las invasiones bárbaras: “Sociedad multirracial que habita la ribera del Bósforo, especialmente en una ciudad donde ya no se habla latín y es fundamentalmente cristiana: Constantinopla”.

“(…) la codificación bizantina del “derecho romano” era un respaldo a la concepción absolutamente unitaria y centralizada del Estado. Con gran fuerza el “derecho romano”, tal y como lo formulaban los juristas bizantinos, regulaba los asuntos públicos de forma muy distinta a como eran administrados en la Roma de los césares. Los juristas bizantinos no rescatan el derecho romano, lo abrevian y no pocas veces lo alteran para que este *corpus* pudiera responder a las necesidades del Estado bizantino contemporáneo. El *corpus* justiniano debía compatibilizarse con los dogmas cristianos y con las costumbres del Oriente helénico. Detrás de esta compilación se encuentra una tesis exclusivista: defender el credo ortodoxo, proscribiendo todas las demás religiones. El comienzo del *Corpus iuris* es, a este respecto, muy significativo: *In nomini domini nostri iesu christi*.”⁵².

El Imperio romano bizantino era cristiano. Su carácter confesional era muy peraltado porque constituía el elemento de cohesión del pueblo. El emperador “dirigía y gobernaba el imperio de acuerdo con los principios cristianos emanados de la fuente de todo el Cristianismo”⁵³.

⁵⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, 1989, p. 174.

⁵¹ Cfr. Jn 19, 10-11 y San Pablo, *Epístola a los Romanos*, 13, 1-7.

⁵² TAMAYO Y SALMORÁN, R., *op. cit.*, 1989, p. 138.

⁵³ ULLMANN, W., *Historia del pensamiento político...*, *op. cit.*, p. 47.

La majestad imperial era Señor Omnipotente y Autocrátor: su poder temporal y espiritual era absoluto, lo que le habilitaba no sólo para el nombramiento de cargos eclesiásticos sino también para resolver cuestiones teológicas y la preservación de la pureza de la fe cristiana persiguiendo las herejías. Justiniano sólo reconocía un rango honorario al papa, pero sin ningún poder efectivo.

“Justiniano es una muestra de la simbiosis y transición bizantinas: gobernante cristiano consciente de su misión romana civilizadora. En su búsqueda por el imperio universal lo guiaban, a la vez, los dogmas cristianos como la concepción romana, ya helenizada, de la civilización. Para Justiniano, como para cualquier bizantino, el *imperium romanum* se identificaba naturalmente con la *ecumene* cristiana. El triunfo del cristianismo era una misión tan sagrada como la restauración de la supremacía romana”⁵⁴.

Ante el desalentador horizonte de la Iglesia cristiana en Oriente, Gregorio I, *Padre de Europa*, ideó la estrategia de evangelizar nuevos territorios occidentales, ajenos a la jurisdicción imperial –Islas Británicas y el norte y centro de Europa– para anexionarlos a los que ya profesaban la fe de Cristo –conversión de Clodoveo, rey franco (497) y de Recaredo, rey visigodo (589)– por medio de misioneros y de la difusión de *La Vulgata*, que abonaron el terreno espiritual para que germinara la teocracia papal, cuyo objetivo era la constitución del genuino Imperio romano de la Cristiandad.

La consecución de este objetivo implicaba el reforzamiento de la suprema autoridad papal y la deslegitimación del Imperio romano de Oriente.

Para revestir de legitimidad legal e histórica la autoridad papal sobre los asuntos temporales del Imperio romano, el papa Esteban II se *inventó* la *Donación de Constantino* para acreditar la dilatada vigencia de esta atribución pontificia –fechado en el siglo IV– que pretendía instaurar en el siglo VIII. En virtud de este documento apócrifo, el emperador Constantino I habría

⁵⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, R., *op. cit.*, p. 168.

traspasado al papa todos los símbolos e insignias imperiales, lo que implicaba el reconocimiento explícito de que era el auténtico emperador, el soberano imperial.

El papado afirmaba que el emperador de Constantinopla conculcaba sistemáticamente el principio central del ideario teológico cristiano: negación de la *maiestas* papal. Por ello, consideraba que el Imperio bizantino no era romano sino griego –su lengua oficial– y, por tanto, no pertenecía a Europa.

En el occidente europeo, el papado creó las condiciones idóneas para que floreciera una nueva civilización: la europea, grávida de elementos romano-latinos y germánicos y vertebrada gracias a la fundación del Sacro Imperio Romano Germánico: coronación de Carlomagno el día de Navidad del año 800 y su designación como sucesor de los emperadores romanos por el papa León XIII: “Emperador que gobierna el Imperio Romano”.

El ungimiento, la coronación y la entrega de la espada eran los símbolos religiosos de la liturgia de la designación oficial del nuevo emperador, que se celebraba en el altar mayor de la basílica de San Pedro de Roma. En clave hierocrática implicaban la primacía del papa en los asuntos espirituales y mundanos, mientras que el emperador quedaba relegado a una función auxiliar.

Carlomagno no se doblegó a las pretensiones pontificias: retuvo el poder civil, importantes competencias en el orden eclesiástico y no ejerció su cargo en calidad de Emperador de los romanos, es decir, de *Señor del Mundo*. No pretendía someter al emperador bizantino sino convertirse en su homólogo: emperador de la Europa cristiana de Occidente.

Entre ambos gobiernos, dirigidos por emperadores teocráticos, existía, no obstante, una diferencia cualitativa: Carlomagno “aceptaba el magisterio de Roma acerca de la fe cristiana, por cuanto reconocía que la explicación de la fe

pertenecía a la indiscutible competencia del papa. Tarea del rey era decidir qué elementos de esta fe de factura romana debían adquirir fuerza de ley (...) esta pequeña pero decisiva diferencia no podía sin duda ser apreciada en toda su complejidad, por cuanto el reconocimiento de la primacía del magisterio de la Iglesia romana resultaba imprescindible para el desarrollo de la primacía jurisdiccional del papa, es decir, el derecho a exigir la acción por medio de la ley»⁵⁵.

A lo largo de más de dos siglos, los papas no lograron imponer su doctrina hierocrática sobre los emperadores de Occidente. Ello se debió a la recepción del Código de Justiniano y a la declaración del carácter espurio de la Donación de Constantino, realizada por Otón III. La revocación de la Donación invirtió los términos de la relación política Papa-Emperador: el papa era una figura religioso-institucional estatuida magnánimamente por el emperador, y, en consecuencia, subordinada a éste: majestad imperial del mundo cristiano.

A mediados del siglo XI, el papado se liberó del ascendiente imperial y afianzó su poder como monarca universal de la Cristiandad de la mano del papa Gregorio VII, quien llevó a cabo una profunda reforma: autonomía e independencia de la Iglesia respecto del poder temporal (bula *Libertas Ecclesiae*); promulgó los *Dictatus Papae*, en los que atribuye al papa la prerrogativa de deponer o revocar emperadores; abrogó el derecho del emperador a nombrar obispos, lo que dio origen a la agria disputa con los emperadores Enrique IV y V, denominada *Querella de las Investiduras*; prohibió la venta de cargos eclesiásticos y el matrimonio de los sacerdotes y acercó el control papal sobre los dignatarios eclesiásticos, con lo que se afianzó la centralización del gobierno pontificio.

⁵⁵ ULLMANN, W., *Historia del pensamiento político...*, *op. cit.*, p. 68.

Los emperadores Enrique IV, Federico II y el rey francés Felipe IV preconizaron la *teoría de la dualidad de gobierno*, acuñada por el primero durante la Querrela de las Investiduras, con la que pretendían debilitar la omnipotencia papal por medio de la celebración de un concilio que reconociera la *dualitas*, las dos esferas: temporal y espiritual.

Ambicionaban instaurar el modelo político de Oriente, caracterizado por una hipertrofia de la potestad temporal a costa de la práctica extinción de la celestial mediante un cambio profundo de la concepción de la Iglesia: una comunidad o cuerpo místico de creyentes, “basada en vínculos extraterrenos que no necesitaba gobierno, derecho y propiedades, los cuales eran, en cambio, esenciales para un cuerpo jurídico, orgánico y visible”. El poder pontificio quedaría relegado al estricto ámbito celestial: “La administración de misterios sacramentales, posición con la que se habían contentado los eclesiásticos bizantinos durante la existencia del Imperio de Oriente”⁵⁶; y el terrenal quedaría expedito para el emperador y los reyes.

El conflicto entre el papa Bonifacio VIII y el rey Felipe IV surgió a raíz de la oposición papal a la exacción de impuestos a las propiedades eclesiales, reñida con la pretendida autoridad pontificia sobre los asuntos seculares de los reinos. El conflicto jurídico sobre la dualidad del gobierno no era inédito pues le precedía la densa estela de la Querrela de las Investiduras y el enfrentamiento con Federico II.

Bonifacio VIII no estaba dispuesto a que su *plenitudo potestatis* se viese erosionada por lo que fortaleció el régimen hierocrático con la promulgación de la bula *Unam Sanctam* en 1302. Esta altisonante escenificación de poder no produjo el efecto deseado ya que Felipe IV lo acusó de herejía y acordó su detención y procesamiento ante un concilio general de la Iglesia. Ante estos hechos, el Papa preparó una bula de excomunión que no tuvo tiempo de

⁵⁶ ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, p. 101.

promulgar porque se produjo el *atentado de Anagni*, en el que tropas francesas expugnan el castillo donde residía el Papa y lo encarcelan durante varios días, hasta que la presión popular le permitió huir a Roma, donde murió poco tiempo después.

El triunfo del rey de Francia desencadenó consecuencias más hondas que el mero desplazamiento de la sede papal a Avignon, lo que significaba situarla dentro de la órbita del poder galo, sino sobre todo la imposición de la teoría de la dualidad de gobierno que gravitaba sobre el derecho romano justiniano, profusamente estudiado en las escuelas de derecho francesas, cuya autoridad era indiscutible. Así, pues, se consolidó la concepción teológica y absolutista de los reyes *–rex in suo regno imperator est–* que les atribuía del estatuto jurídico del emperador.

“(…) cuando el rey de Francia [aplicaba la consigna de que «el rey es emperador en su reino»] no pensaba en la quimera del «emperador» de Occidente, sino en dicho gobernante, tal y como aparecía en las obras jurídicas de Justiniano. Al transferir la concepción ideológica del emperador al rey de Francia, se intentaba dar expresión a la realeza teocrática en los términos fácilmente asequibles del derecho romano (...). En otras palabras, no se trataba de tomar prestado el concepto medieval de emperador romano ni de designar un dominus mundi, sino de expresar el hecho de que, en lo referente al gobierno y al derecho, el rey de Francia gozaba de la misma plenitud de poder que el emperador descrito por Justiniano en sus libros jurídicos”⁵⁷.

La dialéctica hierocratismo *versus* cesaropapismo fue arrumbada en las postrimerías del Medievo porque vio la luz en Europa el concepto de soberanía estatal, acuñada por Bodino, nodriza del artificio humano denominado Estado-Nación, fruto de la ruptura de la unidad de la Cristiandad –iniciada con el movimiento nominalista y culminada con la Reforma protestante– que propició la constitución de las iglesias nacionales *–cuius regio eius religio–* lo que robusteció definitivamente el poder político-religioso del rey-soberano en su Estado en detrimento de la autoridad papal e imperial.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 207.

3. La justicia y la potestad legislativa

En los tiempos de la Europa feudal –siglos X-XII– la administración de justicia comportaba la potestad gubernativa –“justicia gubernativa”– y judicial –“justicia judicial”⁵⁸–. Por eso la titularidad de aquélla fue un problema nuclear en el encaje y ordenación de las relaciones feudo-vasalláticas dentro de la estructura política de los reinos⁵⁹.

La justicia no se limitaba a la resolución de conflictos jurídicos sino que incluía la adopción de medidas dirigidas a garantizar el orden público y la buena administración de la *res publica*: función gubernativa. Así, pues, aunque la España del Antiguo Régimen diferenciaba teóricamente entre justicia y gobierno –la documentación oficial habla de negocios de justicia y negocios de gobierno– en la práctica las funciones ejecutivas se confundían con las judiciales⁶⁰. La única forma de deslindar los asuntos era por la forma de tramitación: *vía de proceso* los de justicia y *vía de administración no contenciosa* los de gobierno⁶¹.

Dios es justicia⁶², *ergo* el monarca, que coronaba la sociedad jerarquizada del Antiguo Régimen –“cabeza, corazón, vida, alma del Reyno y de los Pueblos, y Juez de todos los de su tierra”⁶³–, encarnaba en la tierra la

⁵⁸ GARCÍA GALLO, A., “Alcaldes Mayores y Corregidores en Indias”, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, p. 702.

⁵⁹ GANSHOF, F. L., *El feudalismo*, Barcelona, 1985, p. 29.

⁶⁰ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., “El gobierno de la monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII”, en *Historia de España*, Madrid, 1982, t. XXV.

⁶¹ Cfr. GARCÍA GALLO, A., “La división de competencias administrativas en España en la Edad Moderna”, *Actas del II Simposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 289-306.

⁶² “(...) la justicia mira siempre hacia donde nace el sol verdadero, que es Dios y por eso llamaron los santos en las escrituras a nuestro señor Jesucristo sol de Justicia” (*Las Siete Partidas*, III, I, 1).

⁶³ GUARDIOLA SÁEZ, L., *El corregidor perfecto y juez*, Madrid, 1796, II, 1.

inmarcesible justicia divina del Reino de los Cielos: “Lo que manda el rey nunca es injusto”⁶⁴.

¡O qué espectáculo para los pecadores, no hallar sino á Jesu-Cristo, aquel Hombre-Dios que nada omitió para salvarlos, y que nada omitirá para castigarlos! Qué desesperación para ellos tener que responder á un Dios Juez, y por consiguiente Juez ilustrado, Juez justo y Juez soberano: Juez ilustrado a quien nada se le puede ocultar: Juez justo que no podrá dexar, ni el crimen sin castigo, ni la virtud sin premio: Juez Soberano, cuya sentencia será sin apelación, y el decreto sin recurso. De un juez de este carácter, ¿qué pueden esperar los pecadores, sino un Juicio severo y riguroso?”⁶⁵.

El *princeps* debía instaurar el imperio de la justicia juzgando con sindéresis y de forma inapelable a sus súbditos en nombre del Altísimo⁶⁶, de forma que se convirtió en el principal oficio de los reyes, en el más egregio atributo de su *summa potestas*: “Los Reyes y Emperadores son propiamente Jueces, y con especialidad nuestro Católico Monarca, porque a más de residir en su Augusta Persona toda la suprema jurisdicción civil y criminal, cuya potestad recibe inmediatamente de Dios, es puesto en su lugar para administrar Justicia a sus vasallos, y dar á cada uno su derecho; de suerte, que el verdadero oficio del Rey es hacer Justicia en su Reyno”⁶⁷.

“Rey. ¿Qué es el Rey?
Don Enrique. Justicia”⁶⁸.

“Condestable. Viene llorando y pidiendo justicia.
Rey. Hacerla es mi oficio.
Eso significa el cetro”⁶⁹.

“Conde don Pedro de Lara. Qué es soberana justicia
el Rey; y aunque yerre, vos
no lo habéis de remediar;

⁶⁴ RUIZ DE ALARCÓN, *Los pechos privilegiados*, II.

⁶⁵ MONTARGÓN. J., *Diccionario Apostólico*, vol. IV, traducido por Francisco Mariano Rípho, Madrid, 1795, pp. 219-220.

⁶⁶ “Gila. (...) El rey es Dios en la tierra/ y en lugar suyo, Fernando,/ la justicia representas” (VÉLEZ DE GUEVARA, *La serrana de la Vera*, III).

⁶⁷ GUARDIOLA SÁEZ, L., *op. cit.*, II, 1.

⁶⁸ LOPE DE VEGA, *Lo cierto por lo dudoso*, II.

⁶⁹ LOPE DE VEGA, *El caballero de Olmedo*, III.

porque nadie ha de juzgar
a los Reyes sino Dios”⁷⁰.

La justicia “es la reina a la que deben hacer la corte las demás virtudes”⁷¹ ya que “de ella dependen la seguridad, la paz y la quietud de los reinos”⁷², “faltando ésta no puede haber régimen bueno, sino tiranía, confusión, desorden y ninguna seguridad entre los hombres”⁷³. En efecto, “sin la justicia, no hay reino, ni provincia, ni ciudad, ni aldea, ni familia, ni aun compañía de ladrones y salteadores de caminos que se pueda conservar; y donde no reina la justicia, el mayor reino es el mayor latrocinio”⁷⁴.

“La Justicia es causa de todas las virtudes, maestra de la vida extirpadora de los vicios, origen de la paz del Estado, defensa de la Patria, inmunidad del vulgo, fortaleza de las gentes, medicina de los males, júbilo de los vasallos, templanza del ayre, serenidad del mar, fertilidad de la tierra, consuelo de los pobres, herencia de los hijos, cadena firmísima del Imperio, más útil á los súbditos de que la abundancia de bienes temporales, anuncio de las felicidades eternas, y tan necesaria para la vida, que sin ella no solo no puede ser gobernada una República, ni una sola casa, sino que perecería todo el género humano, porque su oficio es no perjudicar a nadie, dar á cada uno lo suyo, premiar los buenos, castigar los malos, y guardar la fe prometida a todos.

(...) la *injusticia* es el enemigo mayor que puede tener una República; porque ella causa miserias, calamidades, ruinas, alborotos y enemistades: que por los engaños é injusticias que se hacen ó permiten pasan los Reynos y Señoríos de una en otra gente, permitiendo Dios se levanten vasallos, régulos, ladrones y enemigos bárbaros, infieles y tiranos; y que los pueblos que se pierden ó empobrecen es por falta de Justicia de los que los gobiernan”⁷⁵.

⁷⁰ CALDERÓN DE LA BARCA, *Saber del mal y del bien*, I.

⁷¹ DOU BASSOLS, R. L., *Instituciones del derecho público general de España...*, Madrid, 1800, t. II, p. 24, citado por GÓMEZ GONZÁLEZ, I., *La justicia, el gobierno y sus hacedores: la Real Chancillería de Granada en el Antiguo Régimen*, Granada, 2003, p. 13.

⁷² *Actas de las Cortes de Castilla*, Tomo VIII, p. 3, Cortes de Madrid de 1586 a 1588, citado en *ibidem*, p. 13.

⁷³ SÁNCHEZ, J. J., *Nobleza, privilegios y prerrogativas del oficio de escribano*, Valencia, 1794, f. 26, citado en *ibidem*, p. 13.

⁷⁴ RIVADENEYRA, P. de, *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano para gobernar y conservar sus estados*, II, 44.

⁷⁵ Castillo de Bobadilla, citado por GUARDIOLA SÁEZ, L., *op. cit.*, I, 3.

En opinión de Grossi, durante la Edad Media la facultad legislativa no era una atribución cualificada del poder soberano porque el orden jurídico medieval tenía

“un valor immanente, la naturaleza de las cosas, y un valor trascendente, el Dios creador de normas propio de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro según los dictados de la teología cristiana, constituyen un *ordo*, un *ordo iuris*. El Derecho es así una dimensión óntica, y la ciencia del Derecho, o el Derecho como ciencia, es la percepción o la declaración de ese *ordo* interno a la realidad, es *interpretatio* de algo que no se crea por el jurista, sino que más bien se declara o se hace explícito partiendo de un Derecho que está más allá de la pura interpretación, como algo que ella misma presupone”⁷⁶.

La consecuencia jurídica de esta caracterización de la naturaleza de la ley en el Medievo era que vinculaba a todos: “(...) concebida como una norma de un contenido objetivo y racional –en el sentido escolástico de esta palabra– (...) no cabía duda de que normas de tan incommovible base y tan alto origen, tenían que quedar por encima de todos, incluido también el príncipe”⁷⁷.

Sin embargo, la Historia del Derecho nos revela que no se puede reducir el orden jurídico medieval al derecho divino porque existía una pluralidad de fuentes materiales: papas, emperadores, reyes, el pueblo, etc.,

El rey castellano Alfonso X, *el sabio*, imbuido por el derecho romano justiniano, consideraba que la potestad legislativa definía la soberanía. Por lo que pretendió reformar el sistema de fuentes del Derecho situando en su cúspide dos cuerpos normativos de alcance general en todo el Reino: *Partidas* y *Especulo*, con el fin de unificar el Derecho aplicable, de manera que el derecho local quedaría derogado en cuando fuese contrario. Empero, las ciudades se opusieron en las Cortes a la obra alfonsina y lograron desactivar la

⁷⁶ GROSSI, P., *El Orden Jurídico Medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, 1996, p. 25.

⁷⁷ MARAVALL, J. A., *Estado moderno y mentalidad social*, tomo I, Madrid, 1972, p. 380.

reforma, sin cuestionar la competencia regia para dictar normas jurídicas, y mantuvieron la preeminencia del derecho local:

“Para los castellanos a caballo entre los siglos XIII y XIV y para sus procuradores [el Derecho heredado] era el formado por la amalgama de fueros, costumbres y privilegios por los que se venían rigiendo generación tras generación. El Derecho por antonomasia es el «fuero», y el fuero es, por definición, Derecho singular, privilegio, ordenamiento peculiar y privativo de tal o cual población, de tales o cuales personas o sectores sociales. Para los procuradores, presentes en las sesiones de las Cortes en su condición de vecinos de las ciudades convocadas, el Derecho por excelencia es el amasado en los municipios, es decir, el integrado por el conjunto de los ordenamientos locales”⁷⁸.

En los albores del siglo XVI, Bodino, tratadista de transición del Medievo a la Modernidad, define la soberanía como el “poder absoluto y perpetuo de una República”⁷⁹. Hobbes coincide al afirmar que la soberanía – “alma del Estado”⁸⁰ – implica un poder supremo o absoluto:

“El rey cuyo poder es limitado no es superior a aquél o aquéllos que tienen el poder para limitarlo; y quien no es superior no es supremo, esto es, no es soberano”⁸¹.

El soberano regio exterioriza o manifiesta su omnímodo poder mediante la ley. Bodino y antes Alfonso X, Rey de Castilla, formularon una concepción subjetivista de la ley positiva y de la potestad legislativa que desplaza a la medieval al hacerla depender directamente de la *voluntas regis*⁸² y

⁷⁸ GONZÁLEZ ALONSO, B., “Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla bajomedieval”, en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, vol. II, Valladolid, 1989, pp. 216 y 217.

⁷⁹ *Los seis libros de la República*, I, 8.

⁸⁰ *Leviatán*, II, 22.

⁸¹ *Ibidem*, II, 19.

⁸² “El universo es gobernado por la voluntad divina, el príncipe, que es imagen de Dios, gobierna la república mediante leyes que por más que se fundamenten en buenas y vivas razones, sólo dependen de su pura y verdadera voluntad” (BRAVO GALA, P., “Estudio preliminar”, *Los seis libros de la República*, Madrid, 1997, p. LIII).

“Ley es, pues, sólo lo que le place al príncipe. Su voluntad queda desligada de cualquier interferencia de la comunidad. No es ley lo que aquél conoce por medio de su entendimiento, sino lo que establece, a través de un acto de su voluntad. Ninguno de los

declaran su supremacía en el sistema de fuentes del Derecho⁸³, relativizando su contenido en atención a la necesidades que exigieran la coyuntura social, política y económica –razón del Estado–.

“La transcendencia histórica del redescubrimiento de la potestad legislativa es inmensa. El Derecho deja de ser *donum Dei* y legado de la tradición para convertirse en producto humano moldeable por la voluntad del Poder, susceptible de ser manipulado y rectificado por el legislador. La ley es el mecanismo de producción de normas que posee mayor y más inmediata virtualidad transformadora de la realidad a la vez que, por mor de su generalidad, superior capacidad para equiparar a las personas y reducir o anular la disparidad de sus estatutos jurídicos. El privilegio diferencia, la ley iguala: aquél exime del régimen común, ésta rige para «todos comunalmente»⁸⁴.

Bodino realiza una enumeración de todas las facultades y prerrogativas que constituyen la soberanía, sin embargo, el principal y más eminente atributo o propiedad de la misma es la capacidad o facultad de creación normativa. La potestad legislativa reside en el soberano, no existe ninguna instancia o autoridad en la estructura institucional del Estado que pueda dictar disposiciones normativas, ni limitar o revocar este poder.

“El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...) sin consentimiento del superior, igual o inferior (...). Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que solo existe este atributo de la soberanía”⁸⁵.

contenidos propios de la ley (ordenar, prohibir, permitir, castigar), son consecuencia de un acto cognoscitivo o intelectual, sino un efecto derivado de la manifestación expresa de su voluntad” (CASTRO, A. de, *De potestate legis poenalis*, ed. Madrid, 1773, de su *Opera omnia*, tomo II, lib. I, cap. I, pp. 239-240, citado por GARCÍA MARÍN, J. M., “La doctrina de la soberanía del monarca”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 1/1998: Soberanía y Constitución, p. 32, nota 37).

⁸³ “(...) la ley puede anular las costumbres, pero la costumbre no puede derogar la ley (...) la costumbre solo tiene fuerza por tolerancia y en tanto que place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación” (*Los seis libros de la república*, I, 10).

⁸⁴ GONZÁLEZ ALONSO, B., *op. cit.*, p. 210.

⁸⁵ *Los seis libros de la república*, I, 10.

“El legislador en todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque el legislador es el que hace la ley, y el Estado sólo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos leyes: por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino su representante (es decir, el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que la ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución”⁸⁶.

Este poder absoluto de dictar leyes incluye su interpretación y reforma “cuando es tan oscura que los magistrados descubren contradicción o consecuencias absurdas e intolerables respecto de los casos contemplados”. Sin embargo, la facultad hermenéutica no es exclusiva del soberano sino que los magistrados “pueden plegar la ley e interpretarla restrictiva o extensivamente, siempre que al plegarla se guarden mucho de quebrarla, aunque les parezca demasiado dura”⁸⁷, en orden a impedir que se sitúen por encima de las leyes y sometan al pueblo a su voluntad.

“Conviene a nuestros juristas en que esa ley nunca puede ser contra razón; afirman también que la ley no es la letra (es decir, la construcción legal) sino lo que está de acuerdo con la intención del legislador (...) la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos [es] lo que constituye la ley. Y siendo el Estado, en su representación, una sola persona, no puede fácilmente surgir ninguna contradicción en las leyes; y cuando se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración de eliminarla. En todas las Cortes de justicia, es el soberano (que personifica el Estado) quien juzga. Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir la ley, a la cual tienen que conformar su sentencia; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta [razón privada]”⁸⁸.

Los monarcas absolutistas europeos estaban plenamente convencidos de que su irrestricta voluntad era ley⁸⁹. Así ha quedado patente en algunos pasajes célebres de la Historia política europea.

⁸⁶ *Leviatán*, II, 26.

⁸⁷ *Los seis libros de la república*, I, 10.

⁸⁸ *Leviatán*, II, 26.

⁸⁹ “Encinas. En los reyes la palabra es ley” (RUIZ DE ALARCÓN, *Ganar amigos*, III).

En las Cortes de Valladolid de 1555, Felipe II declaró: “Si lo deseo, anularé sin las Cortes cualquier ley hecha en las Cortes; legislaré por decreto y aboliré leyes por decreto”⁹⁰.

El 19 de noviembre de 1787 el Parlamento de París, reunido en “sesión real”, formuló severas críticas a la política financiera del gobierno y no aprobó el empréstito de 420 millones que Brienne había negociado *sotto voce* con Eprésmesnil, uno de los líderes del parlamento. Luis XVI ordenó igualmente el registro del edicto sobre el crédito. A lo que repuso el duque de Orleáns: “¡Es ilegal!”. “Tanto me da” le respondió el rey y añadió “¡Sí, es legal, porque me da la gana!”⁹¹.

En el discurso ante los Estados Generales del 23 de junio de 1789, Luis XVI explicó su programa de reformas políticas, al término del mismo se refirió admonitoriamente a los diputados de los tres estados: “Ninguno de vuestros proyectos, ninguna de vuestras deliberaciones puede tener fuerza de ley sin mi especial aprobación”⁹²

Todos estaban sometidos a la ley menos su creador –*princeps legibus solutus est*⁹³–: “El príncipe está exento de la autoridad de las leyes (...) puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas”⁹⁴. En la misma línea de pensamiento se manifiesta Hobbes:

“Vuestra alteza es ley viva e animada (...) las leyes e costumbres son sujetas a los reyes que las pueden fazer e quitar a su voluntad” (Rodríguez de Pisa), citado por RIESCO TERRERO, A., “Los oficios públicos de gobierno, administración, justicia y recaudación y los de garantía de la fe documental en la Corona de Castilla a la luz de una disposición de los Reyes Católicos de finales del siglo XV”, *Documenta & Instrumenta*, nº 3, 2005, p. 81.

⁹⁰ KAMEN, H., *Una sociedad conflictiva: España, 1469-1714*, Madrid, 1984, p. 38.

⁹¹ Citado por GODECHOT, J., *Los orígenes de la revolución francesa*, Madrid, 1985, p. 132.

⁹² Citado en *ibidem*, p. 186.

⁹³ “Don Diego. No hay ley,/ Encinas, que obligue al Rey,/ porque es autor de las leyes” (RUIZ DE ALARCÓN, *Ganar amigos*, III).

⁹⁴ *Los seis libros de la República*, I, 8.

“El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que, teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, librarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquél que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar y, por tanto, quien está ligado a sí mismo solamente, no está ligado”⁹⁵.

“Pero el soberano no está sujeto a leyes formuladas por el mismo, es decir, por el Estado, porque estar sujeto a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, al representante soberano, que es el mismo; lo cual no es sujeción, sino libertad de las leyes. Este error, que coloca las leyes por encima del soberano, sitúa también sobre él un juez, y un poder para castigarlo; ello equivale a hacer un nuevo soberano y por la misma razón un tercero, para castigar al segundo, y así sucesivamente, sin tregua, hasta la confusión y disolución del Estado”⁹⁶.

Su autoridad, por tanto, carecía de límites efectivos: disposiciones o instituciones de control político o jurisdiccional. Así, pues, ejercía un dominio absoluto sobre sus súbditos, los cuales estaban obligados a cumplir la *voluntas regis*.

“El monarca, entonces, no era sólo un señor absoluto de vidas y haciendas, como lo puede ser un dictador de hoy, sino un señor absoluto de vidas y haciendas al que no se podía discutir ni siquiera desde el fondo recóndito de la conciencia; porque su omnipoder era, no ya legítimo, sino sagrado, como debido al designio de Dios. Había pues, que ganar su gracia como la de Dios mismo, y si se perdía, no había nada que hacer, fuera de resignarse. La misma injusticia regia se aceptaba, con la conformidad con que se acepta lo que nos parece injusto si viene de Dios. El mayor castigo para un cortesano era el destierro, aunque éste en sí no fuera duro, aunque sólo consistiera en vivir en la propia casa; ya que significaba el no disfrutar de la presencia real: casi como el réprobo, sumido en el infierno, se duele más que de los tormentos materiales infinitos, de la ausencia de Dios”⁹⁷.

Ello es así aunque Bodino sostenga que el poder soberano estaba limitado por las leyes divinas y naturales y la propiedad de sus súbditos, ya que

⁹⁵ *Leviatán*, II, 26.

⁹⁶ *Ibidem*, II, 29.

⁹⁷ MARAÑÓN, G., *Antonio Pérez*, Madrid, 2006, p. 36.

la infracción regia no es juzgada por el hombre sino por Dios⁹⁸. Hobbes, en cambio, niega directamente la sujeción de la voluntad soberana incluso respecto a las leyes naturales que sólo obligan al monarca en conciencia (reglas de prudencia): “Y lo mismo ocurre también con un príncipe soberano que lleva a la muerte a un súbdito inocente. Porque, aunque la acción sea contra la ley de naturaleza, por ser contraria a la equidad, como ocurrió con el asesinato de Urías por David, ello no constituyó una injuria para Urías, sino para Dios”⁹⁹.

4. Los Concilios de la Monarquía visigoda

La génesis del Parlamento en el Viejo Continente se halla en las Cortes del Reino de León (1188). No surgieron por ensalmo –como Minerva de la cabeza de Júpiter– sino que fueron el resultado de un lento proceso de evolución institucional cuyo origen se encuentra en los Concilios de la Monarquía visigoda.

La conquista bárbara del Imperio romano de Occidente alteró sustancialmente el panorama político de Europa. Agostadas las relaciones e intereses recíprocos que vertebraban los territorios imperiales, se erigieron los cimientos de las monarquías modernas europeas, instaurándose el modelo político de los pueblos germánicos, cuya impronta se detecta aún en algunas instituciones jurídicas de los Estados europeos.

La abjuración del arrianismo y la solemne profesión de la fe cristiana hecha por Recaredo, los nobles y los obispos en nombre de todo el pueblo visigodo –*societas fidelium Christi*– en el Tercer Concilio de Toledo (589)

⁹⁸ “El rey no está, en este mundo, sometido a la ley y puede a su gusto hacer el bien o el mal, y no dará más cuenta que a Dios” (William Tindale, *The obedience of a christian man* (1528), citado por TOUCHARD, J. *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1979, p. 200.

⁹⁹ *Leviatán*, II, 21.

conectó la península ibérica con la comunidad hispanorromana. Supuso una inflexión en la organización político-institucional y en las relaciones de poder del Imperio gótico: alteración de la naturaleza y composición de los concilios y ascendencia de la Iglesia en los asuntos mundanos.

Así, pues, de ser sínodos en los que se debatía sobre materias dogmáticas, litúrgicas o morales y a los que sólo acudían la alta jerarquía eclesiástica trocaron en asambleas mixtas –civiles y eclesiásticas–, en las que también se decidían cuestiones relativas al gobierno temporal.

“(…) el hecho fue que, apartando los concilios de su primitivo y especial instituto, llevó á ellos los negocios de Estado, y les hizo tomar una parte, no bien definida, no permanente, pero sin duda alguna real y verdadera, en las más arduas atribuciones de la soberanía (...). Los sínodos, asambleas eclesiásticas hasta allí, comenzaron á hacerse políticos, sin cambiar por eso esencialmente en su constitución: el poder de los soberanos sufrió por este medio un amenguamiento considerable (...)”¹⁰⁰.

En el reino visigodo de Toledo el monarca convocaba los *concilia* cuando necesitaba resolver los *ardua negotia regni*, que exponía en el discurso inaugural que abría las sesiones conciliares. Los concilios estaban formados por los nobles, algunos de los cuales integraban el Aula Regia –órgano político de asesoramiento regio–, los preladados y el pueblo. Sólo los próceres de la sociedad visigótica tenían voz y voto en la asamblea política.

“Estos congresos eran unas juntas de personas muy señaladas por su virtud, por su prudencia, mérito y talentos y por los grandes conocimientos adquiridos con la práctica de los negocios: personas que en cierta manera representaban el reino porque su reunión se encaminaba a tratar de la común felicidad y a hacer lo que el pueblo haría en semejante coyuntura.

(...)

Los obispos, duques y condes, nombres de oficio y no de honor, no acudían en calidad de clases políticas ni de jerarquías privilegiadas sino como personas públicas y oficiales del Estado”¹⁰¹.

¹⁰⁰ PACHECO, J. F., “Introducción”, *Códigos españoles*, Madrid, 1847, p. XXX.

¹⁰¹ MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes*, I, 10.

La participación del pueblo era imperfecta: “asistiendo á las deliberaciones como espectador y aclamándolas como quien debía prestarles obediencia; y así la frase *omni populo assentiente*, no significa que fuese necesario para la validez del decreto el concurso de la voluntad popular, sino tan sólo que la adhesión unánime de los circunstantes robustecía lo acordado por los obispos y la nobleza con la promesa de guardarlo en todas sus partes bajo la promesa de un público juramento¹⁰².

Esta asistencia del pueblo á los concilios se explica por la naturaleza mixta de tales asambleas, pues según la antigua disciplina de tales asambleas, solían congregarse los Padres á los fieles y publicar en su presencia los cánones establecidos (...). Junta esta razón canónica á la tradición conservada en el pueblo godo de intervenir en los graves negocios del reino, como en la elección de Wamba se manifiesta¹⁰³, resulta un doble motivo de asistir a los concilios de Toledo para aclamar y recibir tanto las leyes eclesiásticas, como las políticas y civiles en ellos ordenadas”¹⁰⁴.

Las decisiones y disposiciones adoptadas de consuno por nobles y prelados en materias de Estado tenían plena eficacia jurídica en virtud de las *leges in confirmatione concilii* del monarca¹⁰⁵, sin perjuicio de que el rey conservara la autoridad para promulgar *motu proprio* leyes civiles¹⁰⁶.

La dominación gótica de la península toleró las creencias discrepantes con las doctrinas de Arrio. Los fieles católicos pudieron profesar libremente

¹⁰² Colmeiro se refiere al juramento de fidelidad al rey visigodo que todos los súbditos tenían que suscribir y al que aludiremos seguidamente.

¹⁰³ El día de las exequias por el óbito de Recesvinto (1-IX-672), fallecido en Gerticos, lejos de Toledo, su sucesor, Wamba, fue aclamado rey visigodo por los magnates y obispos presentes y el pueblo de esta villa.

¹⁰⁴ COLMEIRO, M., *De la constitución y del gobierno de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1855, pp. 59-60.

¹⁰⁵ ORLANDIS, J., “El poder real y la sucesión al trono en la monarquía visigótica”, *Estudios Visigóticos*, vol. III, Madrid, 1962, p. 43.

¹⁰⁶ VALVERDE CASTRO, M^a. R., *Ideología, simbolismo y ejercicio del poder real en la monarquía visigoda: un proceso de cambio*, Salamanca, 2000, p. 227.

su religión y la jerarquía eclesiástica mantuvo incólume su potestad sobre los asuntos e intereses de la Iglesia. Antes de la conversión de Recaredo, las esferas temporal y celestial estaban perfectamente deslindadas.

No obstante, desde que el cristianismo se convirtió en la religión oficial se declararon heréticas y se persiguieron las otras confesiones religiosas. Se produjo, además, un menoscabo de la autoridad regia: su tradicional poder absoluto periclitó en favor de los obispos, que empezaron a intervenir en la toma de decisiones políticas.

“La monarquía goda, en efecto, en su primer período hasta Teodoro, en su segundo período hasta la muerte de Leovigildo, fue completamente ilimitada y absoluta; desde Recaredo en adelante los concilios y el poder episcopal, si no de derecho, de hecho la limitaron. Mientras que fué nómada desde Atanarico hasta Wiala, mientras que fué arriana, aunque estable y permanente, los reyes ejercieron un completo y omnímodo poder, sin más correctivo que los movimientos anárquicos y el puñal de las conjuraciones. En la última época del Estado, convertidos ya sus jefes al catolicismo, verdad es que ninguna ley concedió autoridad temporal á la Iglesia, pero también es cierto que los monarcas se la dejaron tomar, y que depusieron su corona y entregaron su cetro en manos de aquellas orgullosas asambleas, tan célebres en nuestros antiguos anales”¹⁰⁷.

Centrando el foco de nuestra atención en la más conspicua misión que asumieron los concilios toledanos: la designación regia, conviene formular, siguiendo a Orlandis, la dialéctica sucesión electiva-sucesión hereditaria, que presidió la Historia política de la Monarquía visigoda:

“(…) una continua lucha entre el principio de sucesión electiva al trono y los repetidos intentos de no pocos reyes de convertir *de facto* aquella sucesión en hereditaria o, por lo menos, de designar en vida la persona del que había de seguirle en el ejercicio del poder soberano”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ PACHECO, J. F., *op. cit.*, p. XIX.

¹⁰⁸ ORLANDIS, J., *op. cit.*, p. 44.

En el IV Concilio de Toledo (633) –“Concilio constituyente”¹⁰⁹– se fraguó el pacto entre preladados y aristócratas para determinar legalmente – canon LXXV– que el sistema sucesorio en la Monarquía visigoda sería el electivo –acuerdo entre la nobleza y los obispos, al que acompañaba el complaciente asentimiento del pueblo presente–, revistiéndolo de garantías para asegurar la estabilidad política del Reino:

“Nadie se atreva a ocupar el trono por fuerza ni por engaño; nadie trate de matar al rey, sino que, en cuanto éste muera, reunidos los grandes con los obispos elegirán la persona que ha de ocupar el trono, porque unidos estos dos poderes, en voluntad y concordia, no resultará ningún daño al pueblo, ni por medio de la fuerza ni del cohecho”¹¹⁰.

“Los Reyes deben ser elegidos o en esta ciudad real o en aquel lugar donde ha muerto el otro rey; y debe ser elegido con consejo de los obispos, y de los Ricos hombres de la Corte o del pueblo; y no debe ser elegido de fuera de la ciudad, ni con el consejo de pocos, ni de villanos del Pueblo”¹¹¹.

Sin embargo, aunque la designación era electiva la legitimación era divina: “(...) rijáis con justicia y piedad los pueblos que Dios os ha encargado, y deis cuenta a Cristo que os constituyó reyes (...)”¹¹². De modo que la unción real “tenía un valor constitutivo o al menos confirmante de la legitimidad real”¹¹³.

Este rito solemne, cuyo origen se encuentra en el Viejo Testamento, evidenciaba ante la comunidad de fieles su condición de elegido por la divinidad y revestía a la persona del monarca de carácter sacro.

¹⁰⁹ Este calificativo del Cuarto Concilio está justificado porque en el canon LXXV se establecen las leyes fundamentales del sistema político del Imperio gótico: monarquía electiva, valores y virtudes que deben adornar al monarca en su acción de gobierno, sanciones espirituales y la fidelidad de los súbditos a la monarquía y a la *voluntas rei*.

Cfr. ORLANDIS, J. y RAMOS LISSÓN, D., *Historia de los concilios de la España romana y visigoda*, Pamplona, 1986, pp. 261-298.

¹¹⁰ Canon LXXV del IV Concilio de Toledo, citado por GONZÁLEZ, F. A., *Colección de cánones de la Iglesia española*, notas e ilustraciones Juan Tejada y Ramiro, tomo II, Madrid, 1850, p. 312.

¹¹¹ Canon X del Concilio VIII de Toledo, citado en *ibidem*, p. 381.

¹¹² Canon LXXV del IV Concilio de Toledo, citado en *ibidem*, p. 313.

¹¹³ ORLANDIS, J., *op. cit.*, p. 55.

“[los reyes] gobernéis con moderación y dulzura a vuestros súbditos y rijáis con justicia y piedad los pueblos que Dios os ha encargado, y deis cuenta a Cristo que os constituyó reyes, reinando en la humildad de corazón, haciendo al efecto obras buenas; y ninguno de vosotros solo dé sentencias en causas capitales o de intereses; sino que la culpa de los delincuentes se ha de hacer patente por el consentimiento público de los gobernadores y por un juicio manifiesto, usando vosotros de mansedumbre; y no dándoos á conocer por la severidad hacia ellos sino por la indulgencia; para que conservando todas estas cosas por voluntad de Dios se alegren los reyes en los pueblos, estos en los Reyes, y Dios en unos y otros”¹¹⁴.

Siguiendo la doctrina teológica fijada en los Concilios de Toledo, una vez electo y ungido, el nuevo rey tenía que jurar “defender el reino y gobernar con justicia y moderación observando las leyes, reconocer el derecho de los súbditos a la posesión de las propiedades que hubieran recibido como donaciones regias, guardar una estricta separación entre los bienes propios y los de la corona y proteger la fe y la Iglesia católica”¹¹⁵.

En la última etapa de la Monarquía visigoda arraiga el principio hereditario: el rey elige a su sucesor y el concilio lo reconoce como legítimo. Este nuevo sistema de sucesión soslayaba el vacío de poder que se producía durante el período del interregno, en el cual el poder revertía a Dios –*regnante Christo*–, lo cual imprimía una mayor estabilidad al reino y desactivaba las luchas intestinas entre las familias nobiliarias, decreciendo su poder político.

“(…) los hijos de los Reyes inspiran siempre mayor respeto y reverencia, no sólo a los propios, sino a los extraños, y aun hasta los mismos enemigos (...). Establecido, pues, el principio hereditario, se dan a la nación, en cierto modo, príncipes perpetuos, lo que no deja de ser en cierto modo bastante útil y saludable, pues con la continuación de un principado perfecto, se evitan las ambiciones, las grandes contiendas que suele haber o suscitarse en medio de las tempestades y turbulentos movimientos de un reino cuando se trata de la sucesión: todo lo que de necesidad exigiría si faltase el principio hereditario”¹¹⁶.

¹¹⁴ Canon LXXV del IV Concilio de Toledo, citado por GONZÁLEZ, F. A., *op. cit.*, p. 313.

¹¹⁵ VALVERDE CASTRO, M. R., *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁶ *Del rey y de la institución real*, I, 3.

Los acuerdos conciliares y el preceptivo juramento pretenden limitar el ejercicio del poder monárquico, mediante su sometimiento a la ley y la imposición de sanciones espirituales siguiendo el patrón teológico cristiano:

“(…) que si alguno de ellos por soberbia o fausto real, en contra de las reverencias de las leyes, ejerciere en los pueblos un poder muy despótico por maldades o codicia, sea condenado por Cristo Señor nuestro con la sentencia de anatema, y sea separado y juzgado por Dios, por haber tratado de obrar mal, y de convertir el reino en daño suyo”¹¹⁷.

Nos encontramos con el óbice jurídico de la imposibilidad de juzgar al rey en la tierra. No existe ninguna institución revestida de una autoridad jurisdiccional que la legitime para depurar su responsabilidad, en el caso de que su acción política estuviera enfrentada o reñida con las disposiciones conciliares. Como certeramente significa Valverde Castro: “No fue la teoría política la que limitó los poderes regios. Fue la realidad socioeconómica, presidida por una poderosa nobleza, la que condicionó y de alguna manera controló con sus sublevaciones el modo en que los reyes ejercieron las tareas de gobierno”¹¹⁸.

Después del ungimiento, todos los hombres libres –incluido el clero– del reino debían prestar juramento de fidelidad al monarca: los miembros de la Curia Regia directamente ante el rey y el resto ante los *discussores iuramenti* que se desplazaban por el territorio para recabar el compromiso de fidelidad¹¹⁹. La prestación del juramento por el pueblo junto con su presencia en los concilios aclamando las disposiciones acordadas reforzaba su legitimidad y los obligaba a su acatamiento¹²⁰.

¹¹⁷ Canon LXXV del IV Concilio de Toledo, citado por GONZÁLEZ, F. A., *op. cit.*, pp. 313-314.

¹¹⁸ VALVERDE CASTRO, M. R., *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 220.

¹²⁰ Cfr. Canon LXXV del IV Concilio de Toledo.

5. El origen del Parlamento en Europa

En las tierras castellanas los concilios siguieron reuniéndose tras la invasión musulmana, conservando su naturaleza mixta político-eclesiástica (ss. IX-XII). A finales del siglo XI, la reforma gregoriana declaró la independencia de la Iglesia respecto al Emperador. Sin embargo, los concilios mantendrán el carácter de asambleas políticas debido a que la Reconquista había fortalecido la alianza Iglesia-Poder temporal. La religión cristiana fue el aglutinante de los actores implicados –reyes, nobles y las instituciones religioso-militares: Órdenes de Santiago, Alcántara, Calatrava y Montesa– en la derrota del invasor musulmán.

Como el influjo romano era más atenuado al sur de los Pirineos que en otras partes de Europa que no se encontraban inmersas en una cruzada de liberación, no se produjo una abrupta ruptura entre la Monarquía visigoda y las surgidas al calor de la Reconquista, sino que progresivamente los concilios van a ir perdiendo la relevancia y el componente político, ganando peso las materias eclesiásticas. Con ello se extinguen las prerrogativas regias y la presencia nobiliaria, recuperando de nuevo los concilios su primigenia naturaleza eclesiástica y espiritual, dominados enteramente por el alto clero.

La *curia*¹²¹, término acuñado a mediados del siglo XI, era el tradicional consejo del rey, la corte regia. Al igual que el Aula Regia visigoda, era una asamblea permanente formada por los vasallos laicos y eclesiásticos de mayor confianza real, cuya misión era la de asesorar al monarca en los asuntos cotidianos de gobierno.

El decaimiento político de los concilios provocó el sincrónico cambio de la denominación del órgano gubernativo: *curia plena*. El monarca seguía

¹²¹ Según Colmeiro, el origen etimológico de la palabra “cortes” se encuentra en la voz latina *curia* que “en romance significa palacio o corte, esto es, lugar donde el Rey tenía su residencia” (COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, I, 1).

necesitando el asesoramiento de los magnaticios y los obispos para la adopción de las decisiones políticas más relevantes del reino.

Un dato elocuente de que la curia plena de la Monarquía feudal leonesa era la continuación o derivación de los concilios es que en sus inicios las asambleas extraordinarias se llamaban *concilium*, como las de Salamanca (1178) y Benavente (1181)¹²². Otro es que el monarca leonés adoptó la terminología eclesiástica para denominar a las disposiciones jurídicas que aprobaba en los *concilia: decreta*.

La nota que singulariza a la curia plena en contraposición a curia es que mientras la composición de ésta permanece invariable: alta nobleza y prelados; la curia plena va progresivamente ampliándose incorporando a los miembros de la baja nobleza –*milites*– y a los *boni homines*, que representan los intereses de las ciudades, ambos grupos constituyen los *cives*.

La Curia regia plena, celebrada en la Colegiata de San Isidoro de León en el primer año del reinado del joven Alfonso IX en 1188, constituye el nacimiento de las *Primeras Cortes de Europa*¹²³, al estar representado por primera vez en la Historia el estamento popular, junto con el nobiliario y el eclesiástico.

La prueba documental de este hito de la Historia del parlamentarismo son los *Decreta* aprobados en las Cortes de León¹²⁴, denominados la *Carta Magna leonesa* por establecer un nuevo modelo político basado en la participación de los tres estamentos en el gobierno del Reino de León,

¹²² ESTEPA DÍEZ, C., “Curia y Cortes en el Reino de León” en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, vol. I, Valladolid, 1988, p. 63.

¹²³ “(...) quienquiera que intente conocer los orígenes de la institución parlamentaria en Europa, no debería olvidar la temprana contribución de España y tener bien presente que los precedentes españoles han sido reconocidos por algunos historiadores como uno de los factores que contribuyeron al crecimiento del Parlamento inglés durante el siglo XIII” (BARKER, E., “The Parliamentary System of Government”, en *Essays on Government*, Oxford, 1965, p. 59).

¹²⁴ Incluidos en el año 2013 en el Registro Memoria del Mundo de la Unesco.

incorporando de esta forma a los representantes de las ciudades al proceso de toma de decisiones políticas:

“Ego dominus Aldefonsus, Rex Legionis et Gallicie, cum celebrarem curiam apud Legionem cum archiepiscopo et episcopis et magnatibus regni mei, et cum electis civibus ex singulis civitatibus”¹²⁵.

Los *Decreta* son un conjunto de diecisiete normas jurídicas con las que Alfoso IX pretendía proteger a los súbditos de la arbitrariedad del poder nobiliario y poner fin a la desaforada violencia instalada en el Reino. Han llegado hasta nosotros –como otros textos jurídicos– gracias a la labor de los juristas, interesados en su conservación debido a su función de aplicadores del Derecho, que los recogieron en el *Liber Iudiciorum*¹²⁶.

La participación del tercer estado en las Cortes de León constituye un jalón en la Historia de las libertades políticas del Viejo Continente porque produjo su emancipación: de sujeto pasivo y receptor de las políticas y decisiones tomadas por los capitostes de la sociedad jerarquizada, se convirtió en un actor habilitado para expresar su posición política y de esta forma influir en el gobierno.

¹²⁵ Citado por la página web del Ministerio de Educación y Ciencia de España, en la que se encuentra la transcripción latina de los *Decreta*: <http://goo.gl/q6Cbaw>, fecha de consulta: 17-I-2015.

¹²⁶ (...) los textos jurídicos generales son un caso aparte y, por eso, su tratamiento crítico es peculiar. Podríamos decir que si su conservación fundamentalmente es debida al interés de los jueces en conocerlos para poder aplicarlos, de manera que las *colecciones jurídicas* nos han permitido conocer textos jurídicos cuando el tiempo había devorado todo tipo de cancillerías, la memoria colectiva de la comunidad, las autoridades políticas, los juristas de toda especie son sus inconscientes guardianes; y los textos, que nos han transmitido la aplicación del derecho, sus más cualificados testigos” (PRIETO PRIETO, A, “La autenticidad de los «*decreta*» de la curia leonesa de 1188”, en *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988: Actas de la tercera etapa del Congreso Científico sobre la historia de las Cortes de Castilla y León*, 1988, vol. I, Valladolid, 1990, p. 48).

6. La representación política en el Antiguo Régimen

Durante el Antiguo Régimen las Cortes españolas, los Estados Generales franceses y el Parlamento inglés representaban al Reino. ¿Qué es el Reino? “Todo lo que no es Rey”¹²⁷, es decir, “una multiplicidad de comunidades, órdenes y estamentos que se hace uno ante el rey”¹²⁸. ¿Cuál es la naturaleza de las Cortes? Los parlamentos eran oligárquicos y estamentales: su extracción no era democrática sino señorial y no representaban a la nación sino los intereses de los estados en que se dividía la sociedad.

El fundamento teórico de la representación residía en el principio de derecho romano justiniano *–Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari–* reinterpretado por los canonistas del Medievo para dotarle de alcance y valor político-constitucional. La clave de esta máxima reside en determinar quiénes eran “omnes” en el Antiguo Régimen, Pérez-Prendes considera que

“ese *omnes* (de la fórmula) no designa a representantes del yo común, nacional, que acuden a la asamblea a querer o disentir por la nación; ese todos no supone una elección ni una representación democrática. Significa solamente, en nuestro criterio, una totalidad sí, pero la de aquellas clases que tienen una postura dominante en la sociedad medieval, ya sea por sus cargos estatales o eclesiásticos, ya sea por su condición de señores inmunes, ya sea por su integración en una oligarquía ciudadana”¹²⁹.

En opinión de Fortea Pérez, la misión de las Cortes es “reproducir su imagen [la del Reino] o, por decirlo de otra manera, lo hacen presente ante el soberano en la diversidad de corporaciones que lo constituyen. Los delegados de las comunidades que acuden a las asambleas de que se trate cada vez que el rey las convoca hacen fundamentalmente de portavoces de los intereses específicos de esas mismas comunidades. Es decir, Cortes, Parlamentos o

¹²⁷ Cfr. MARAVALL, J. A., “El siglo del Barroco”, *Estudios de historia del pensamiento español*, vol. III, Madrid, 1984, pp. 325-331.

¹²⁸ FORTEA PÉREZ, J. I., *Las Cortes de Castilla y León bajo los Austrias. Una interpretación*, Valladolid, 2008, p. 365.

¹²⁹ PÉREZ-PRENDES, J. M., *Cortes de Castilla*, Barcelona, 1974, p. 50.

Estados Generales reproducen el particularismo propio de la estructura corporativa del reino”¹³⁰.

La forma política del Medievo es la monarquía dualista estamental, caracterizada por la dialéctica rey-reino, en la que laten dos elementos antagónicos, a saber, el teocrático *–voluntas principis–* y el feudal *–pactum–*. La faceta teocrática del rey implicaba que el pueblo le había sido encomendado por Dios para asegurar la paz y el orden público, sin que existiera relación o vínculo jurídico entre ambos. Las medidas político-legislativas eran decididas e impuestas por el arbitrio del monarca *–quod principi placuit, habet legis vigorem–* sin el concierto ni la anuencia de los privilegiados de la sociedad medieval: concepción teocrática del gobierno y del derecho. La *voluntas rei* era expresión de la voz de Dios y no existía ninguna instancia que limitara o contriñera su poder absoluto.

En cambio, la faceta feudal implicaba una relación contractual entre el monarca y los barones, de la que se derivaban importantes consecuencias. La concepción feudal del Derecho entrañaba limitaciones al poder real: protección de la propiedad privada, garantías procesales y la prohibición de la imposición de tributos por el rey. Así, pues, la promulgación de leyes no podía ser acordada por la autoridad regia sino que necesariamente tenía que ser fruto del *pactum* entre el monarca y los prebostes, que actuaban en nombre de la comunidad.

El resultado de varios siglos de enfrentamientos arrojó una suerte dispar a los contendientes según los países: en España y Francia se impuso el monarca teocrático sobre los estamentos, lo que dio lugar a la monarquía absoluta basada en la soberanía personal del rey; en Inglaterra venció el reino, representado por la Cámara de los Comunes y la de los Lores, lo que alumbró un gobierno mixto, fundado en la soberanía del Parlamento –Rey y Lores y

¹³⁰ FORTEA PÉREZ, J. I., *op. cit.*, p. 365.

Comunes— y en el consecuente principio de legalidad (*rule of law*). Como señala Varela Suances, “tal diferencia en la fundamentación doctrinal de la Monarquía tenía su correlato en el ámbito institucional: mientras en España apenas se convocaron Cortes durante esos siglos [XVI y XVII] y en Francia los Estados Generales dejaron de convocarse en 1614, las Cámaras de los Lores y de los Comunes siguieron manteniendo su presencia política durante esa época, a pesar del indudable reforzamiento del poder regio durante la época de los Tudores y Estuardos”¹³¹.

“(…) mientras en la mayoría de los países continentales la concentración (de poder) tuvo lugar en manos del monarca, en Inglaterra se verificó en el Parlamento. La variación es primordialmente de titular, pero no de calidad de poder: al igual que el monarca continental, el Parlamento se hizo supremo, no ligado al Derecho anterior, sino superior a él; de la misma manera que en el continente se conservaron, a veces, formalmente las Cortes o los Estados Generales, pero quedando subordinados al monarca, de la misma manera, pero al revés, en Inglaterra el monarca quedó finalmente subordinado al Parlamento, hasta el punto de poderse definir la prerrogativa como el remanente de poder que el Parlamento ha dejado al Rey”¹³².

La prevalencia del régimen feudal sobre el teocrático en Inglaterra fue debido al vínculo jurídico establecido entre el rey y su curia –nobles y el clero– plasmado en la Carta Magna de 1215, en virtud de la cual se redujo sensiblemente la faceta teocrática del rey en la creación del Derecho y se consagró la vigencia de la *lex terrae* o derecho feudal: “El derecho que incorporaba en sí toda la esencia del feudalismo y, en especial, el elemento contractual: el derecho elaborado con el consentimiento (expreso o implícito) de los barones constituía el derecho a ser aplicado por los tribunales de los pares”¹³³.

¹³¹ VARELA SUANCES, J., “La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)”, *Fundamentos* 1/1998 “Soberanía y Constitución”, Oviedo, 1998, p. 92.

¹³² GARCIA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1984, pp. 250-251.

¹³³ ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

Bracton distingue netamente entre *gubernaculum* y *jurisdictio* de tal forma que la dimensión teocrática del rey se desplegaba en el ejercicio del poder ejecutivo, lo que le habilitaba para aprobar libremente las leyes necesarias para el gobierno del país. Sin embargo, la faceta feudal se ponía de relieve en el ámbito de la creación de Derecho aplicable por la administración de justicia, a la cual el rey estaba sometido. En este caso, la potestad jurídica para crear derecho feudal era compartida entre el monarca y la *curia regis*¹³⁴.

En Inglaterra, fue en 1265 cuando Simon de Monfort, IV conde de Leicester, convocó la *Curia Regis* solicitando a las ciudades que enviaran sus representantes al Parlamento inglés, ligados por mandato imperativo con sus electores. Sin embargo, la denominación de *comunes* no se acuñó hasta el siglo XIV cuando su llamamiento a Cortes se consolidó definitivamente y, por tanto, se institucionalizó la Cámara de los Comunes. Este término –*comunes*–, según Stubbs, se puede definir como un cuerpo de hombres libres –caballeros y burgueses– de los condados y ciudades que no ostentaban ningún privilegio¹³⁵.

La Cámara de los Lores carecía de representatividad política porque sus miembros, la nobleza –*lores temporales*– y la jerarquía eclesiástica –*lores espirituales*–, no tenían la condición jurídica de representantes al ser elegidos por el rey –la concesión del título de *Lord of Parliament* era una prerrogativa regia–, por lo que no tenían que rendir cuentas a los electores y su cargo era vitalicio y hereditario¹³⁶. Sin embargo, los dos primeros estados se consideraban formal o simbólicamente representados por ellos.

¹³⁴ Cfr. VARELA SUANCES, J., *op. cit.*, pp. 88-90; ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, pp. 174-176 y McILLWAIN, C. H., *op. cit.*, pp. 106-107.

¹³⁵ STUBBS, W., *The constitutional history of England and its origin and development*, New York, 2011, p. 85.

¹³⁶ Cfr. AHUMADA, M., *Informes sobre segundas cámaras en Europa: La Cámara de los Lores*, Fundación Manuel Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2005, pp. 13-23, <http://goo.gl/OFXeg5>, fecha de consulta: 28-VIII-2014.

“[El Parlamento] representa y tiene el poder de todo el reino, de la cabeza y del cuerpo (...) están presentes todos los ingleses, ya sea personalmente o por representación, [de forma] que el consentimiento del Parlamento equivale al consentimiento del cada hombre (...) era el más alto y absoluto poder del reino de Inglaterra (...). El Parlamento abroga viejas leyes, las hace nuevas, da órdenes para cosas pasadas y venideras, cambia derechos y propiedades de los hombres, establece formas de religión, altera pesos y medidas, da normas de sucesión a la Corona, define derechos dudosos cuando falta la ley, concede subsidios, tallas, tasas e impuestos; da libérrimo perdón y absoluciones, rehabilita en sangre y en nombre, y como tribunal supremo condena o absuelve”¹³⁷.

En Francia concurren por primera vez los tres brazos a los Estados Generales en 1302, con ocasión del enfrentamiento entre Felipe IV y el papa Bonifacio VIII en orden a reforzar la posición regia frente al papado. Su estrategia consistía en utilizar fraudulentamente las Cortes tratando de aparecer como un simple portavoz que transmitía las decisiones que libremente tomaban los representantes del pueblo francés reunidos en la asamblea, cuando en realidad la controlaba políticamente¹³⁸.

La vida política de los Estados Generales fue precaria: disueltos por Luis XIII en 1614 y convocados de nuevo por Luis XVI en 1788 se reunieron una veintena de veces en casi cinco siglos.

Durante el Medievo las Cortes de Castilla estaban formadas por los procuradores de las ciudades con voto en Cortes, que eran un gran número –a las Cortes de Burgos (1315) acudieron 200 procuradores de 100 ciudades y villas y a las de Madrid (1391) 125 procuradores de 49 ciudades y villas¹³⁹– y aquéllos miembros de los brazos nobiliario y eclesiástico a los que el rey potestativamente, en razón de la naturaleza y gravedad de los asuntos a resolver, convocaba por medio de la *carta de llamamiento*. Cuando no podían asistir personalmente nombraban y enviaban a un procurador.

¹³⁷ SMITH, T., *De Republica Anglorum. A Discourse on the Commonwealth of England* (1583), II, 1, citado por VARELA SUANCES, J., *op. cit.*, pp. 94 y 95.

¹³⁸ Cfr. ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

¹³⁹ COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos...*, *op. cit.*, I, 4.

En efecto, *ab initio* los reyes leoneses y castellanos llamaban a Cortes a los tres brazos, sin embargo, a partir del reinado de Sancho IV “fue muy corto el número de personas que de esas dos clases [nobles y eclesiásticos] concurrían regularmente a las Cortes y casi ninguna su autoridad en las determinaciones de los asuntos generales, políticos, económicos y gubernativos de la monarquía”¹⁴⁰. Por esta razón, Marina considera que el brazo popular fue considerado “la parte esencial y primaria de la representación política de los reinos”¹⁴¹:

“Estas Cortes [Cortes de Madrid de 1391], cuyas actas por fortuna se han conservado íntegras, prueban evidentemente que las resoluciones generales de nuestros antiguos congresos emanaban de la voluntad del pueblo representado por sus procuradores, y que la autoridad política estaba depositada exclusivamente en ellos. Pues aunque fueron llamados a estas insignes Cortes por el Rey y su consejo todos los grandes, condes y caballeros y los prelados, cuanto se ha actuado y determinado en ellas recibió su fuerza y vigor del Reino representado por los diputados de ciudades y pueblos”¹⁴².

Los aristócratas y los obispos no eran jurídicamente representantes de sus estamentos ya que no eran electos sino designados por el rey, no obstante, los dos primeros brazos se consideraban representados por ellos. La voluntad política regia estaba determinada a reducir al máximo su influencia, de modo que a comienzos del siglo décimo sexto fueron representados por las ciudades castellanas¹⁴³.

El reconocimiento del derecho de representación política al tercer estado por los reyes de León y Castilla no fue una benemérita determinación para favorecer o preservar los intereses de los desposeídos de la sociedad

¹⁴⁰ MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes*, I, 10.

¹⁴¹ *Ibidem*, I, 11.

¹⁴² *Ibidem*, I, 10.

¹⁴³ “[Ciudad] significa no sólo recinto amurallado (*urbs*) en que se alojaba la población urbana, sino también el conjunto de villas, lugares y aldeas esparcidas por su término, en donde moraba de asiento la población rural. La ciudad, *caput gentis*, llevaba la voz de todos los habitantes del territorio sometido a su jurisdicción”(COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos...*, *op. cit.*, I, 3).

medieval, sino que el empoderamiento de las ciudades tenía por objeto instituir un sujeto político que respaldara las políticas públicas regias, postergando a los nobles y prelados en orden a enervar su peraltado poder político y económico, que ensombrecía la autoridad real. Las ciudades con voto en Cortes aprovecharon la coyuntura favorable para defender sus intereses a través de sus procuradores, influyendo en la toma de decisiones políticas del rey.

“No se olvide que durante buena parte del siglo XV, prácticamente ininterrumpida la promulgación de cuadernos de leyes, los ordenamientos de Cortes surgen «a ynstançia», «a petiçión», a requerimiento y por iniciativa de los representantes de las ciudades. Con otras palabras: los procuradores son los verdaderos orientadores de la política legislativa que la monarquía desarrolla en las Cortes. Porque de hecho su intervención en la formación de los cuadernos excede con mucho del nudo ejercicio del derecho de petición o de la etérea prestación de consejo, se comprende que, como he escrito en otro lugar, los castellanos considerasen a los ordenamientos como expresión eminente de la ley regia y les adjudicaran el rango más alto en la escala jurídico-positiva, valoración que la monarquía ratifica cuando, para imprimir la máxma firmeza a una disposición cualquiera, manda que «aya fuerza de ley así como si fuese fecha en Cortes». El ordenamiento es la ley regia por antonomasia, el punto de referencia y el canon con arreglo al cual se mide el alcance de las restantes disposiciones, que, sin ser leyes, sólo obtienen en caso necesario «efecto y vigor» legal mediante el recurso a una ficción: su consideración «como si» hubieran sido dadas en Cortes”¹⁴⁴.

A los monarcas de la Casa Trastámara les importunaba la masiva presencia de las ciudades en las Cortes ya que dilatava la discusión de los asuntos públicos y dificultaba la concesión de nuevos impuestos y servicios. Por ello, partir del siglo XV los reyes alteraron la naturaleza jurídica del voto de las ciudades en Cortes, a saber, de ser un derecho pasó a convertirse en un privilegio –al igual que el llamamiento a los miembros de los dos primeros estamentos– que graciosamente concedía el monarca.

Así, pues, revocaron este derecho político a muchas ciudades y villas castellanas. Las que lo conservaron se oponían constantemente a que otras

¹⁴⁴ GONZÁLEZ ALONSO, B., *op. cit.*, pp. 235 y 236.

ciudades lo obtuvieran. En el tránsito del Medievo a la Modernidad plantearon una reivindicación política que dio la puntilla a la presencia de los dos primeros estamentos en las Cortes, sin afectar a su función institucional de representación del Reino:

“Las ciudades con voto empezaron a reclamar la representación del conjunto de las provincias de las que eran capitales, y no sólo de sus tierras, con independencia de la condición jurisdiccional de los territorios integrados en aquéllas (...). La nueva posición de las ciudades habría hecho superflua la presencia de señores de vasallos y clérigos por cuanto unos y otros eran representados por las ciudades de que se tratara en tanto que cabezas de las provincias en donde se enclavaban los territorios de los que aquéllos eran señores”¹⁴⁵.

Esta reivindicación fue atendida y las Cortes de Toledo de 1538-39¹⁴⁶ fueron las últimas a la que el rey convocó a los miembros del estamento nobiliario y eclesiástico.

La obstinación de las ciudades con voto en Cortes en oponerse a que el monarca extendiera este privilegio a otras acentuó el carácter particularista de las Cortes. La razón radicaba en que a la oligarquía urbana (nobles y burgueses), que dominaba los regimientos, le favorecía sobremanera este nuevo modelo porque así mejoraban cualitativa y cuantitativamente las *ayudas de costa*¹⁴⁷, sinecuras, etc., con las que el monarca les obsequiaba y también sería más fácil que el rey atendiera a las peticiones de sus ciudades.

Así que en las Cortes de Toledo de 1480 sólo fueron convocadas diecisiete ciudades con el taimado argumento de que “solamente algunas y principales gozaban la preeminencia de resumir en los casos ordinarios la representación de los reinos de Castilla”¹⁴⁸. El pragmatismo es evidente.

¹⁴⁵ FORTEA PÉREZ, J. I., *op. cit.*, p. 367.

¹⁴⁶ ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1995, p. 539.

¹⁴⁷ Un suerte de dietas que devengaban los procuradores por cada día de sesión de Cortes, imprescindibles para su subsistencia, ya que las ciudades les solían abonar un magro salario.

¹⁴⁸ COLMEIRO, M., *Las Cortes de los antiguos...*, *op. cit.*, I, 4.

La preservación de sus intereses singulares se vió severamente dificultada por la imposición regia de 1520, relativa a que los ayuntamientos otorgaran a sus dos procuradores poderes plenos y absolutos.

Esta exigencia real puede parecer *prima facie* un precedente de la idea moderna de representación y de Parlamento, en el sentido de que pretende sustituir el mandato imperativo, que ligaba al procurador con su ciudad, por el representativo en orden a que cada uno de ellos fuera representante de todos los súbditos del Reino y, por tanto, tomara decisiones políticas autónomas en su nombre —*Cortes del Reino*—, primando los intereses generales sobre los concretos de su ciudad.

Sin embargo, no era más que una argucia política de un rey absolutista al objeto de controlar las Cortes, dado que tenía un gran poder municipal para influir en la elección de procuradores “cortesianos”, a lo que hay que adicionar las prebendas con las que cohechaba la voluntad de los procuradores con el fin de que aprobaran sus pretensiones de aumento de servicios o impuestos, a los que tendrían que hacer frente las ciudades.

“¿Por qué se cree que han sido excluidos de nuestras Cortes los nobles y los obispos sino para que tanto los negocios públicos como los particulares se encaminen á satisfacer el capricho del rey y la codicia de unos pocos hombres?¿No se queja ya á cada paso el pueblo de que se corrompe con dádivas y esperanzas a los procuradores de las ciudades, únicos que han sobrevivido al naufragio, principalmente desde que no son elegidos por votación, sino designados por el capricho de la suerte, nueva depravación de nuestras instituciones que prueba el estado violento de nuestra república y lamentan hasta los hombres más cautos, a pesar de que nadie se atreva á despegar el labio?¹⁴⁹.

La supresión de los dos principales estados; la conversión del voto en Cortes en una gracia y la exigencia de que los procuradores acudieran a la asamblea con mandato representativo generó la falaz o artificiosa dialéctica *Cortes de las ciudades-Cortes del Reino*.

¹⁴⁹ *Del rey y de la institución real*, I, 9.

No obstante, las fortísimas resistencias de las ciudades a transferir el poder político a los procuradores frustraron el designio regio. El mandato representativo no era más que un señuelo discursivo para instituir las *Cortes del Rey*, por medio del dominio regio sobre unos diputados revestidos de plenos poderes, en orden a redondear su poder absoluto con la única competencia que mantenían las Cortes de Castilla: la aprobación de impuestos y servicios.

En el siglo XVI, los procuradores representaban a la provincia y eran los mandatarios de sus cabildos para hacer valer sus intereses municipales ante el rey, sin embargo, continúan sosteniendo –con escaso fundamento jurídico– que también representan al *Reino junto en Cortes*¹⁵⁰, como puede apreciarse en sus intervenciones parlamentarias, principadas siempre con la expresión “el Reino dice”, incluso el propio rey Fernando lo recordaba en las Cortes de Burgos de 1515¹⁵¹.

Los Reyes Católicos vencieron a los musulmanes y domeñaron a los nobles e instituyeron el Estado español sobre la base de la soberanía personal del monarca y, en consecuencia, pasaron a representar materialmente al Reino: “Cuerpo unitario que sólo se constituye con el Rey y en el Rey”.

Las ciudades se convirtieron en meras comparsas controladas por el monarca para que concedieran en las Cortes sus peticiones de contenido

¹⁵⁰ “(...) queriéndose conformar vuestra real magestad con las leyes y hordenanzas de sus reynos, mandó que se juntasen a estas Cortes todos los procuradores de sus ciudades e villas, los quales asy juntos sus reynos representamos” (Cortes de Sevilla (1500), citado por CARRETERO ZAMORA, J. M., *Cortes, Monarquía, ciudades. Las Cortes de Castilla a comienzos de la Edad Moderna (1476-1515)*, Madrid, 1988, p. 11.

¹⁵¹ “Yo he deseado y me huelgo de hablaros a todos juntos, como a todo el Reyno, pues lo representays, y así vos quiero decir cómo he visto e proveido todas las cosas que generalmente habéis suplicado en nombre del Reyno” (AGS, PR, leg. 69, fol. 50, citado por DE DIOS, D., “La evolución de las Cortes de Castilla en los siglos XVI y XVII”, en CLAVERO, B. GROSSI, P. y TOMÁS Y VALIENTE, F. (*a cura di*), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, 1990, tomo, 2, p. 623, nota 60.

económico y los súbditos ya no eran “miembros del reino, sino del cuerpo místico del Rey”¹⁵².

La presencia política de las ciudades y, por tanto, del Reino en las Cortes se articuló en la figura de los procuradores. Estos “mensajeros de los concejos”¹⁵³ o “legados de sus corporaciones”¹⁵⁴ eran comisionados encargados de trasladar al rey la posición política de su cabildo mediante el ejercicio del voto –voto corporativo (cláusula *in solidum*¹⁵⁵)– sobre los asuntos públicos del orden de día de la asamblea y de procurar que el rey satisficiera los intereses de la ciudad, persuadiéndole de que atendiera las demandas formuladas en el *cuaderno de peticiones* que el ayuntamiento les había entregado. Tras la supresión de los dos primeros estamentos, representan a la provincia y juntos en Cortes simbólicamente al Reino.

“(…) se trataba de otorgarles poder suficiente no solamente para conferir, conceder o negar el asunto o proposición principal expresada en la convocatoria y que motivaba las Cortes, sino también para promover los intereses de los concejos y cuanto podía conducir a su prosperidad y al bien general”¹⁵⁶.

La elección del procurador es un acto político-jurídico en virtud del cual la corporación municipal confiere al representante un mandato imperativo¹⁵⁷: un apoderamiento limitado a una serie de asuntos o materias en los que debe actuar conforme a unas instrucciones perfectamente definidas por su mandante y fijadas en la *carta de creencia o de procuración*.

¹⁵² MARAVALL, J. A., *Las comunidades de Castilla*, Madrid, 1963, p. 128.

¹⁵³ COLMEIRO, M., *Las Cortes de los antiguos...*, *op. cit.*, I, 4.

¹⁵⁴ ARTAZA, M. M. de, *Rey, reino y representación. La Junta General del Reino de Galicia*, Madrid, 1998, p. 92.

¹⁵⁵ Ambos procuradores debían votar de consumo para que fuera válido el voto.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes*, I, 23.

¹⁵⁷ “Apoderamiento que se confiere para tratar una lista cerrada de asuntos, a la que añaden las instrucciones conforme a las cuales han de ser gestionados por los procuradores” (SARRIÓN GUALDA, J., “La interferencia del rey en la designación y poderes de los procuradores en las Cortes castellano-leonesas (siglos XVI-XVII)”, *Homenaje al profesor Jesús Lalinde Abadía. Centralismo y Autonomismo en los siglos XVI y XVII*, Barcelona, 1989, p. 377).

En este documento público, que el procurador debía presentar en las Cortes, constaba su designación y los poderes que le habían conferido. Cuando por alguna razón se trataban temas diferentes a los fijados en la convocatoria, el mandatario tenía que retirarse a su ciudad para recabar la voluntad del cabildo –nuevos poderes– para poder pronunciarse y, en caso de duda sobre la interpretación de las instrucciones, debía ausentarse de las Cortes. Asimismo, debía informar periódicamente de la evolución y desarrollo de las reuniones de las Cortes, por si el ayuntamiento considerara oportuno ampliar los poderes o modificar los vigentes.

La designación del mandatario “entrañaba un contrato sinalagmático entre el Concejo mandante y el Procurador mandatario, otorgando aquél a éste un poder amplio, sí, pero especial y condicionado por instrucciones precisas, a las cuales debía ajustarse el apoderado en el desempeño de su cargo”¹⁵⁸. Sin embargo, a pesar de esta formulación iuscivilista, el mandato que estamos estudiando es una institución jurídico-pública que aunque tenga similitudes con el privado presenta notorias diferencias: el procurador era una autoridad pública que recibía su apoderamiento de una corporación municipal, protocolizado por los escribanos que daban fe en escritura pública de los términos del mismo, y, finalmente, debía prestar un juramento ante el ayuntamiento:

“Los tales procuradores después de que así fuesen elegidos e nombrados juren asimismo solemnemente cuando les fuere dado el poder que non ficieron nin farán cosa alguna contra lo contenido en esta lei, e que usarán del dicho poder justa y derechamente, e que en el dicho oficio guardarán el servicio de Dios e el provecho e bien público de las cibdades e villas que los enviaren... e non pedirán absolución nin dispensación del dicho juramento, nin usarán de ella aunque les sea otorgada de propio motu, e non dejarán de facer e cumplir lo susodicho por amor nin por temor nin por premio

¹⁵⁸ BOFARRULL Y ROMANÍA, M., *Las antiguas Cortes. El moderno parlamento. El régimen representativo orgánico*, Alcalá de Henares, 1945, p. 39.

alguno nin por interese nin provecho que por ello les den o esperen ellos o cualesquier parientes o amigos suyos (...)”¹⁵⁹.

En cuanto a las consecuencias jurídico-políticas que recaían sobre el mandatario o comisionado en el caso de que infringiera los poderes especiales, concretos y limitados concedidos por su comitente, hay que señalar dos, a saber, la revocación del mandato imperativo y la exigencia de responsabilidad: *juicio de residencia*¹⁶⁰.

La revocación de los poderes debía ser acordada por el cabildo en los supuestos de hecho que considerase determinantes de haber quebrado la relación de confianza, base de su nombramiento, *ad exemplum*: la infracción de la obligación de informar periódicamente o la vulneración de los poderes otorgados. En este caso, el procurador ya no estaba legitimado para vincular al cabildo, debiendo éste nombrar un sustituto y conferir nuevos poderes.

“En febrero de 1641, el licenciado Villa propuso al ayuntamiento mindoniense revocar los poderes de Juan Martínez de Saavedra «atento ha mucho tiempo que está allá sin haber dado cuenta de lo que se ha obrado hasta ahora para que venga a dar cuenta como lo han hecho los demás señores capitulares de este Reino que han ido a dicho Junta». Martínez Saavedra sería sustituido en la Junta por otro edil mindoniense, pero como contaba con el apoyo del gobernador Valparaíso, se tardó en tomar resolución sobre su cese”.

“El 22 de agosto de 1642, La Coruña revoca el poder de Lorenzo Serrano porque «aviéndosele dado instrucción a boca de dar cuenta a la ciudad de todo lo que en ella se propusiese antes de resolver, abía dado su parecer en cosas de que no tenía noticias se hubiesen de tratar

¹⁵⁹ MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes*, I, 21.

¹⁶⁰ Al regresar de las Cortes el procurador tenía la obligación de comparecer ante el ayuntamiento e informar cumplidamente de toda la actividad desarrollada en la asamblea, en orden a demostrar que se había aquietado perfectamente al contenido de los poderes otorgados. En caso contrario, era declarado responsable de los daños irrogados a la ciudad. Esta institución fue incorporada al constitucionalismo medieval y, por ende, al derecho público, por el cardenal español don Gil Álvarez de Albornoz, fundador del Real Colegio de España en Bolonia, en *Las Constituciones Egidianas* (III, 24), promulgadas en 1354, citado por José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Valderwilde, Rector del Real Colegio de España, en uno de los almuerzos celebrados en la Casa de don Gil durante la primavera de 2015.

resolviéndolas determinadamente en contrabención de la yntención que se le había comunicado»¹⁶¹.

A partir de la reforma política de Carlos I en 1520, las cartas de convocatoria de Cortes exigían que los ayuntamientos concedieran a los procuradores “poder cumplido, libre, llenero y bastante, según que mejor y más cumplidamente podemos dar (...) para (...) ver, tratar y platicar (...) y consentir y otorgar y hazer y concluir por Cortes”¹⁶².

En las convocatorias de Cortes el rey mencionaba expresamente la doble condición de los procuradores. Como *mandatarios de las ciudades* preservarían sus intereses intentando que el monarca les concediera las peticiones recogidas en el cuaderno; y como *ministros del reino* velarían por el bien general votando con altura de miras, sin estar mediatizada su voluntad por las conveniencias de su ciudad¹⁶³. Difícil cometido tenían ante sí: conciliar intereses particulares y generales, máxime si tenemos en cuenta que se encontraban entre dos feroces contendientes: las ciudades no estaban dispuestas a entregar en manos de los procuradores el poder político decisivo que se había residenciado tradicionalmente en sus órganos de gobierno; y la Corona, que interesadamente hizo gala de un progresismo político, estaba determinada a quebrar la configuración medieval de las Cortes alentando constantemente a que los procuradores se liberaran de la servidumbre del aldeanismo y se erigieran en voz de todo el Reino.

Esta restricción del poder municipal, junto con la ausencia del monarca, el nombramiento de extranjeros para cargos públicos y la concesión de servicios obtenidos en las Cortes de 1520 violentando la voluntad de los

¹⁶¹ Citado por ARTAZA, M. M. de, *op. cit.*, p. 92, nota 112.

¹⁶² Citado por THOMPSON, I. A. A., “Cortes y ciudades: tipología de los procuradores (extracción social, representatividad)”, en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid, 1989, p. 209.

¹⁶³ FORTEA PÉREZ, *op. cit.*, p. 376.

procuradores para sufragar empresas extranjeras¹⁶⁴ produjo la Revuelta de las Comunidades: “Primera revolución de carácter moderno en España y probablemente en Europa”¹⁶⁵.

La derrota de los Comuneros acendró el absolutismo regio y debilitó la posición institucional de las Cortes, cuya convocatoria se fue reduciendo en los sucesivos reinados de la Casa de Habsburgo, y el poder político de las ciudades, que perdieron parte de las facultades inherentes al mandato imperativo: el derecho a exigir al procurador la información periódica del desarrollo de la asamblea y la facultad de resolver las dudas sobre el alcance y límites de los poderes emitidos, que sólo podían ejercerlas con autorización regia¹⁶⁶.

Algunas ciudades a pesar de expedir un poder conforme al tenor literal demandado en la convocatoria regia, recelaron de conceder el mandato representativo –libre, absoluto y con voto vinculante– que habría facultado a sus representantes para consentir en nombre del Reino, porque sabían que éstos no defenderían sus intereses sino los del monarca, gracias a las mercedes que prodigaba para domeñar su voluntad de acuerdo a sus designios.

Estos cabildos mantuvieron en la práctica el mandato imperativo mediante la institución del *juramento del pleito homenaje*. Acto público en el que el mandataro declaraba solemnemente su compromiso de acatar las instrucciones de la ciudad:

“I. Que el procurador se presentase ante el rey, besando sus manos en prueba de reverencia, y a continuación se uniese al Reino junto en Cortes para tratar sobre las cosas que redundaran en beneficio de Dios, del rey y de los reinos.

¹⁶⁴ “Las cosas de la fe y la tranquilidad de Alemania sólo interesaban indirectamente” (MARAVALL, J. A., *La oposición política bajo los Austrias*, Madrid, 1974, p. 167).

¹⁶⁵ MARAVALL, J. A., *Las comunidades de Castilla*, *op. cit.*, p. 13. Cfr. “Prólogo”, pp. 11-21.

¹⁶⁶ MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes*, I, 23.

II. Que durante el tiempo que durasen las Cortes, el procurador no se ocupe de negocios propios, ni pida o reciba cualquier merced real, «aunque el Rey nuestro Señor se la ofrezca».

III. Que no se conceda ningún servicio sin informar previamente al ayuntamiento, y sin tener licencia de éste para ello. Esto se hace extensivo a otros asuntos.

IV. Que jure no pedir a la ciudad ni a su partido ningún salario ni ayuda de costa más que los 4.000 maravedíes que solían concederles”¹⁶⁷.

Así, pues, cuando el rey pretendía aprobar un servicio nuevo o adoptar cualquier otra medida de trascendencia económica –las de otra naturaleza no requerían el consentimiento de las ciudades– los procuradores que habían jurado el pleito de homenaje o bien lo concedían con voto consultivo, sin eficacia jurídico-política, e informaban a sus ayuntamientos para que procedieran a votar la medida; o se negaban a votar hasta que resolviese el cabildo. Si éste lo aprobaba, como ocurría habitualmente, se procedía al *levantamiento del pleito de homenaje* y “los procuradores hacen constar que se hace [la concesión] en nombre de la ciudad y con su consentimiento”¹⁶⁸.

La dicotomía voto consultivo-voto definitivo que *ab initio* sólo tenía incidencia en las ciudades que habían limitado el poder de los procuradores sometándolo a las instrucciones contenidas en el pleito del homenaje, se pretendió hacerlo extensivo, mediante una protesta del Reino junto en Cortes, a todas las ciudades en las primeras Cortes de Felipe III (1599). En 1618 se reconoció finalmente el derecho al voto decisivo de todos los cabildos.

“[el Reino] acordó de conformidad que ante todas cosas hace protestación de que ninguna de las cosas que tratare y acordare cerca del dicho servicio que se ha de hacer a S.M., ni lo que los caballeros procuradores de estas Cortes dixeren y votaren en él, no obligue a las ciudades y villas de voto en Cortes, ni a estos Reynos, ni les perjudique, ni a alguno de los estados de ellos, ni a las libertades que ellos y las ciudades,

¹⁶⁷ CABALLERO VILLA, M. y PEDRUELO MARTÍN, E., “Relaciones ciudad-procuradores-rey: Valladolid, 1592-1621. El control de los procuradores” en *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, vol. 1, *op. cit.*, p. 480.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 484.

villas y lugares de ellos deben y pueden gozar, sino que sólo ha de ser para dirección de lo que se trata, para cuando se llegare a consultarse con las ciudades por los votos consultivos de los procuradores de estas Cortes, den el que tuviere de ellas, porque se les ha de dexar, como se les dexa, libres sus votos decisivos, sin que queden obligadas a pasar por lo que en los votos consultivos dixeran sus procuradores, y con que todos queden y esten libres para que cuando se haya de votar decisivamente pueda cada uno dar el voto que su ciudad o villa le ordenare, aunque sea en contrario de lo que en los votos consultivos hubieren dado, porque todo lo que se tratare y platicare ha de ser para escribirles y darles cuenta de todo y hacer lo que ordenaren, y no en otra forma ni manera, y que en todos los votos que los dichos procuradores dieren en este negocio sea visto, y en cada uno inserta esta protestación”¹⁶⁹.

En la carta de convocatoria de las Cortes de 1632, Felipe IV substituyó el voto consultivo de los procuradores –el mandato imperativo se mantuvo, no obstante, en lo referente a los cuadernos de peticiones– por el decisivo –mandato representativo–, reclamando expresamente que acudieran con poder decisivo: “Consentir, otorgar, hacer y concluir decisivamente todo lo que en las dichas Cortes se propusiere, sin que sea necesario consultarles [a las ciudades] en ninguna de las dichas materias”, con lo que “las Cortes de las ciudades se transformarían en las Cortes de los procuradores, y las ciudades se reducirán a meros ejecutores de lo que las Cortes resolviesen”¹⁷⁰.

Esta pretensión regia fue impugnada por la mayoría de los procuradores presentes en las Cortes de 1632, que pretendían seguir consultando a las ciudades para que decidieran sobre la concesión de nuevos servicios. “Fueron menester nada menos que siete mandatos regios, en el 4, 13, 16, 20, 24, 27 y 29 de marzo, antes de que los procuradores cedieran frente a una cédula real mandándoles «que en todos los acuerdos hiziesse (...) assi en las resoluciones principales como en lo que a ellas precediesse y se siguiesse, votasse conforme a los poderes y a las órdenes que Su Magd tenía dado sobre esto independientemente de VS y demás ciudades que tienen voto en Cortes y

¹⁶⁹ Citado por THOMPSON, I. A. A., *op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁰ Citado en *ibidem*, pp. 216 y 217.

sin condición, en lo que no pudiesse aver arbitrio, y prohibiendo que ningún Procurador votasse de otra manera, pues sería ir contra su propio poder»¹⁷¹.

Para asegurar mejor el cumplimiento de esta orden, además de condicionar el acceso a las sesiones de las Cortes a la previa comprobación de los poderes que portaban, se les exigió la prestación del siguiente juramento:

“Juran a Dios y santa María y a la santa cruz y a las palabras de los santos cuatro vangelios; y hacen pleito homenaje de que su ciudad no les ha dado instrumento, instrucción ni otro despacho que restringa o limite el poder que tienen presentado, ni orden pública o secreta que le contravenga, y que si durante las cortes les dieren alguna que se oponga a la libertad del poder, lo revelarán y harán notorio al presidente de Castilla que fuere y asistentes de las cortes, para que provean lo que más sea del servicio de s. m. Asimismo, juran que no traen pleito homenaje en contrario de lo que suena y dispone el poder”¹⁷².

La apuesta de la Monarquía Hispánica por las *Cortes del Reino*: preeminencia de la universalidad de la representación frente a los particularismos locales, se fortaleció con dos medidas que eran consecuencia de la abrogación del voto decisivo de las ciudades. La Corona no consideraba “necesario que concurrieran ambos procuradores de qualquiera de las dichas ciudades y villas para que se entienda haber venido la mayor parte”¹⁷³ y el sometimiento de las ciudades a la decisión mayoritaria, sin poder exonerarse de las obligaciones dimanantes de sus acuerdos so pretexto de que sus representantes no habían votado a favor ellas, ya que “no puede haber duda – señalaba el rey– que la mayor parte de los votos personales constituye reino y que lo que acuerda a de otorgar y firmar la otra parte que no hubiere concedido”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Citado en *ibidem*, p. 218.

¹⁷² MARTÍNEZ MARINA, F., *Teoría de las Cortes*, I, 23.

¹⁷³ Cédula real de 12 de julio de 1632, citado por FORTEA PÉREZ, J. I., *op. cit.*, pp. 379-380.

¹⁷⁴ Cédula real de 12 de julio de 1632, citado en *ibidem*, p. 380.

La oposición mayoritaria de las ciudades persistió en las sucesivas Cortes del Seiscientos. Se negaban a expedir poderes plenos y decisivos. Después de 1665, las Cortes dejaron de convocarse, prueba inequívoca de la victoria de las ciudades sobre la monarquía. A partir de entonces para solicitar nuevos servicios la Monarquía Católica cursaba la petición individualizada a cada ayuntamiento. Con la entronización de la Casa Borbón la situación no cambió y sólo se convocaban para que prestaran juramento al heredero del trono¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Cfr. PRIETO, M. R., “Las Cortes del Despotismo Ilustrado”, en *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, vol. I, *op. cit.*, pp. 551-563.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEGITIMIDAD POPULAR DEL PODER POLÍTICO (I): *POPULUS MAIOR PRINCEPS*

SUMARIO. 1. Bártolo de Sassoferrato. 2. Costumbre *vs* Ley. 3. Marsilio de Padua. 3.1. La ley humana y la ley divina. 3.2. El legislador popular. 3.3 El gobierno.

1. Bártolo de Sassoferrato

El jurista de Perugia, agudo observador de la convulsa realidad política de la península itálica y de la Europa de su tiempo (s. XIV), nos ofrece en *De regimine civitatis* una tipología de las formas de Estado atendiendo a un criterio cuantitativo: el número de habitantes. Los vastos territorios densamente poblados –*populus maximus in tertio gradu magnitudinis*– como el Imperio o los reinos requieren ser gobernados por un emperador –*dominus universalis*– o un monarca –*dominus particularis*–. Los de población mediana –*populus maior in secundo gradu magnitudinis*– deben confiar su gobierno a una aristocracia –*regimen per paucos*–, como ocurría en las ciudades de Florencia y Venecia. Y, finalmente, en las comunidades políticas pequeñas –Perugia es su paradigma–, “qualificate come *populus magnus* perché l’autogoverno richiede pur sempre

dimensioni apprezzabili”, debería instaurarse un régimen popular –*regimen ad populum*–, “per il quale Bartolo mostra una malcelata preferenza”¹⁷⁶.

Bártolo de Sassoferrato ha realizado una notable contribución a la Historia de las ideas políticas a pesar de que no era un filósofo del Estado¹⁷⁷: construye una teoría democrática sobre categorías y conceptos jurídicos del derecho romano justiniano¹⁷⁸. En efecto, formula una doctrina jurídica de la soberanía popular –“*civitas superiorem non recognoscens est sibi princeps*”¹⁷⁹– conjugando o imbricando cuatro conceptos o instituciones: *ius gentium*, consentimiento, derecho consuetudinario y *Lex Regia*.

La doctrina política extraída o derivada del derecho romano pivota sobre el concepto del *derecho de gentes*, fundado en la naturaleza racional del hombre, creado a imagen y semejanza de Dios¹⁸⁰, cuya finalidad es descubrir y aplicar la ley natural: lo justo por naturaleza¹⁸¹: “No hay ciertamente nada más trascendental que entender bien que nosotros hemos nacido para la justicia, y

¹⁷⁶ PIO, B., “Il pensiero politico di Bartolo”, *Atti del L Convegno storico internazionale: Bartolo da Sassoferrato nel VII Centenario della Nascita: diritto, politica, società*, Perugia, 2013, p. 189.

¹⁷⁷ “This bare outline of the known facts of his life shows us that Bartolus was a lawyer, that his whole life was spent in the study, practice and expounding of law. In fact we shall have continually to keep in mind that Bartolus was no political philosopher; that his political thought is to be found in his commentaries and treatises on Law, not Politics” (WOOLF, C. N. S., *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought*, Cambridge, 2012, p. 4).

¹⁷⁸ “The essential feature of the Bartolist doctrine relating to the *civitas sibi princeps* is the full legislative sovereignty of the people or better, the full popular sovereignty expressed in legal terminology” (ULLMANN, W., “*De Bartoli sententia: concilium repraesentat mentem populū*”, *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, vol. II, Milano, 1962, p. 715).

¹⁷⁹ SASSOFERRATO, *De regimine civitatis*, II.

¹⁸⁰ “(...) la luz de la razón natural, por la que discernimos lo que es bueno y lo malo, lo cual atañe a la ley natural, no es otra cosa que la impresión de la luz divina en nosotros” (TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 91, 2).

¹⁸¹ “(...) Y con todo no podemos distinguir nosotros una ley buena de otra mala sino por la norma de la naturaleza [razón]. Y no solamente la naturaleza nos hace distinguir el derecho de la injusticia, sino también de una forma general las cosas naturalmente honestas de las torpes. Una inteligencia común a todos los hombres nos lo hace conocer, ha puesto sus gérmenes en nuestras almas, de forma que podemos distinguir y clasificar las cosas honestas entre las virtudes, y las torpes entre los vicios” (CICERÓN, *Sobre las leyes*, I, 16, 44).

que el derecho se funda no sobre la opinión de los hombres¹⁸², sino sobre la naturaleza misma”¹⁸³.

“(…) la naturaleza [Dios] nos ha hecho justos para ayudarnos mutuamente y unirnos todos en una asociación (...). Si conformándose con la naturaleza, los hombres juzgasen, como dice el poeta «que nada humano le es ajeno», todos respetarían igualmente el derecho. Pues a quienes la naturaleza les ha dado la razón, les ha dado la recta razón, por consiguiente la ley, que es la recta razón en cuanto manda o prohíbe; y si la ley, también el derecho, y como a todos ha dado la razón a todos por consiguiente les ha dado el derecho”¹⁸⁴.

Por tanto, el *ius gentium* es una ley universal: “Lo que en todas partes enseña y dicta la razón de las gentes”¹⁸⁵. Un conjunto de instituciones jurídicas y políticas comunes al hombre en cualquier lugar del orbe, cuya fuente material de legitimación es la razón humana.

“LELIO.- Existe una ley verdadera y es la recta razón, conforme con la naturaleza, común para todos, inmutable, eterna, que impulsa al cumplimiento del deber con sus mandatos, y aparta del mal con sus prohibiciones. (...) ni el Senado ni el pueblo pueden eximirnos de ella. No es necesario buscar un Sexto Elio [renombrado intérprete de la XII tablas] para explicarla, ni interpretarla. No habrá una ley en Roma; otra, en Atenas; una, hoy; otra, mañana; sino que una ley única, eterna e inmutable regirá a todas las naciones y en todos los tiempos. Único y común será como el maestro y el jefe de todos, Dios autor de la ley, juez y legislador, quien no le obedece huirá de sí mismo y despreciará la naturaleza del hombre, por lo cual sufrirá las más grandes penas, aunque él escape de otras que se consideran castigos”¹⁸⁶.

¿Qué instituciones forman parte del *ius gentium*? La respuesta debe ser coherente con la naturaleza humana. Nuestra voluntad no está determinada por el instinto sino que nuestras decisiones van precedidas de un juicio

¹⁸² “Si el derecho se fundara en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los jefes, en las sentencias de los jueces, de derecho sería el robo, el adulterio, la falsificación de los testamentos, con tal que tuvieran en su apoyo los votos y la aprobación de la multitud” (*Ibidem*, I, 16, 43).

¹⁸³ *Ibidem*, I, 10, 28.

¹⁸⁴ *Ibidem*, I, 12, 33.

¹⁸⁵ LÓPEZ BRAVO, M., *Del rey y de la razón de gobernar*, II.

¹⁸⁶ CICERÓN, *Sobre la república*, III, 22, 33.

racional-valorativo, de modo que el elemento nuclear para señalar las instituciones del derecho de gentes es el consentimiento.

Esto explica que las *Instituciones* de Justiniano identifiquen o relacionen el *ius gentium* con las obligaciones y contratos¹⁸⁷, es decir, con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes para establecer los pactos que estimen convenientes, cuya naturaleza jurídica es *lex inter partes*. Sin embargo, el consentimiento no va a ser sólo el requisito esencial de las leyes privadas sino también de las públicas. Todas las fuentes formales del derecho son contratos celebrados *inter pares*:

“El derecho de la comunidad (*res publica*) es la voluntad del conjunto de ciudadanos. La *lex* es un contrato por el cual los *cives* se obligan recíprocamente a observar cierta conducta. El sujeto del poder político no es el *Senatus* o el *princeps* colocado por encima de los ciudadanos, sino los propios ciudadanos en su conjunto. *Lex* no es una orden o prohibición dirigida a los súbditos, es una convención celebrada entre los iguales¹⁸⁸.

La *res publica romanorum* era un organismo vivo, equivalente a *res populi*: aquello que es común, interesa o afecta al conjunto de los ciudadanos – patricios y plebeyos– que conformaban el *populus romanus*. En palabras de Cicerón: “La República es la cosa propia del pueblo, pero pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino una consociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen intereses comunes. El motivo que impulsa a este agrupamiento no es tanto la debilidad cuanto una inclinación de los hombres a vivir unidos. El género humano no ha nacido para vivir aislado y solitario”¹⁸⁹.

“El pueblo es un conjunto de seres racionales asociados por la concorde comunidad de objetos amados, para saber qué es cada pueblo es preciso examinar los objetos de su amor. No obstante, sea cual fuere su amor, si es

¹⁸⁷ “Ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio ventitio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabilis” (*Instituciones de Justiniano*, 1, 2, 2).

¹⁸⁸ IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Granada, 1998, p. 217.

¹⁸⁹ CICERÓN, *De republica*, I, 25, 39.

un conjunto, no de bestias sino de seres racionales, y están ligados por la concorde comunión de objetos amados, puede llamarse sin absurdo ninguno pueblo. Ciertamente que será tanto mejor cuanto más nobles sean los intereses que los ligan, y tanto peor cuanto menos nobles sean. Según esto, el pueblo romano es un pueblo, y su gobierno una república. La historia da fe de lo que amó este pueblo en su origen y en las épocas siguientes y de cómo se han ido infiltrando las más sangrientas sediciones, las guerras civiles, y de cómo se rompió y se corrompió la concordia, que es en cierta manera la salud del pueblo. En los libros precedentes hay muchos datos a este respecto. Por eso, yo no diría que no es un pueblo o que su gobierno no es república mientras subsista un conjunto de seres racionales unidos por la comunión concorde de objetos amados. Lo dicho de este pueblo y de esta república hágase extensivo al pueblo de los atenienses o de los griegos, al de los egipcios, a la primera Babilonia de los asirios y de cualquier otra nación”¹⁹⁰.

La ciudad-estado romana se identificaba con el pueblo porque el principio subjetivo de la autonomía de la voluntad –un contrato *inter pares*– es el responsable o artífice del nacimiento de la comunidad jurídicamente organizada¹⁹¹ y de la determinación del modelo político: el republicanismo democrático, cifrado en el gobierno mixto¹⁹² y en la participación política directa: la soberanía no se representa.

“(…) no es el Estado el representante de sus intereses [sociedad civil] sino el conjunto del pueblo, el conjunto de los ciudadanos, y, por consiguiente, cada uno de ellos en particular. Los derechos privados y los derechos públicos no se distinguen entre sí por la diferencia de sus sujetos; el sujeto para los dos es la persona natural, no habiendo entre ellos más que una sola distinción, la de que los derechos privados se relacionan

¹⁹⁰ SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, XIX, 24.

¹⁹¹ “Entre el Estado y los ciudadanos existe la misma relación que entre la *gens* y los *gentiles*. El Estado no es una cosa diferente, extraña y superior a los ciudadanos. Ellos son el Estado: Estado y pueblo son equivalentes. Si en la formación de la *gens* las personas naturales no desaparecen en la abstracción de una personalidad diferente, esa ley no varía por la simple reunión de muchísimas gentes en un Estado colectivo, ni por el encuentro de muchas personas por una parte con muchas personas con otra. Esa reunión, ese encuentro, forma la sociedad política; el Estado, como sujeto, es el conjunto de *cives*: la *civitas*” (IHERING, *El espíritu del derecho romano*, p. 164).

¹⁹² “(…) si en una sociedad no se observa una equitativa repartición de derechos, de deberes y de prerrogativas, de forma que los magistrados tengan un poder suficiente, una suficiente autoridad el senado y una suficiente libertad [política] el pueblo, no puede esperarse una situación estable de la constitución del Estado” (CICERÓN, *Sobre la República*, II, 22, 57).

exclusivamente con el particular, mientras que todo el mundo participa de los derechos públicos”¹⁹³.

El derecho consuetudinario refleja las convicciones jurídicas del pueblo fraguadas en su dilatada práctica cotidiana¹⁹⁴. No son estáticas sino dinámicas porque el Derecho, como la sociedad o la vida humana, es un fenómeno histórico susceptible de sufrir modificaciones para satisfacer las cambiantes necesidades y aspiraciones del pueblo.

“La producción del Derecho es siempre un hecho comunitario. Y este hecho sólo es admisible si no sólo se considera posible, sino también real, la existencia de una comunidad en el modo de pensar y de hacer. Como una tal comunidad sólo existe dentro de los límites de un pueblo individual, el Derecho real sólo puede producirse dentro de esos límites. Pero esto no implica que no sea al mismo tiempo la exteriorización de una propensión general humana; es decir, que el hecho de que todos los pueblos tengan Derecho, no es una mera coincidencia casual. Lo que en verdad ocurre es que el Derecho, como producto del «espíritu del pueblo», puede ser peculiar y exclusivo de cada pueblo, o coincidente en varios pueblos, en cuanto es fruto de una propensión general humana”¹⁹⁵.

La costumbre o derecho consuetudinario¹⁹⁶ es el “criterio jurídico de la masa popular”¹⁹⁷: *ratio vivens*. Por tanto, el derecho popular “es fundamentalmente un discurso ideológico, razón por la cual, de manera continua, se encuentra sometido a cambios, siendo capaz de modificarse rápidamente para adaptarse a las necesidades que surgen en cada comunidad.

¹⁹³ IHERING, *El espíritu del derecho romano*, p. 165.

¹⁹⁴ “La costumbre es Derecho no escrito, iniciado, continuado e introducido conforme a la razón por los mores y usos del pueblo o de la mayor parte de éste” (SASSOFERRATO, B., *Commentaria super Digesto veteris*, 1, 3, 32, citado por SERNA VALLEJO, M., “Costumbre y prescripción: un diálogo entre historiadores, juristas y sociólogos”, en DIOS, S. de, INFANTE, R., ROBLEDO, R., TORIJANO, E., (Coords.) *Historia de la propiedad, costumbre y prescripción*, Madrid, 2006, p. 874).

¹⁹⁵ GONZÁLEZ VICEN, F., “La Escuela histórica del derecho”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, N° 18-19, Granada, 1978-1979, pp. 238-239.

¹⁹⁶ La expresión *ius consuetudinarium* no aparece en la obra de Justiniano sino que su paternidad hay que atribuírsela a un glosador de la Escuela de Bolonia, probablemente Martinus. Cfr. GOURON, A., “Sur les origines de l’expression «Droit coutumier», *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, N°1, 1988.

¹⁹⁷ PÉREZ-PRENDES, J. M., *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1989, p. 509.

Lo que permite hablar, a diferencia de lo que sucede con la ley, mucho más rígida, de la flexibilidad del derecho consuetudinario”¹⁹⁸.

“Al igual que para éste [el lenguaje], para el derecho no hay un solo instante de reposo. El mismo movimiento, el mismo desenvolvimiento se verifica en él que en cualquier otra tendencia del pueblo, y semejante desenvolvimiento está bajo la misma ley de intrínseca necesidad, como cualquier otra primitiva manifestación. El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él, y por último parece cuando el pueblo ha perdido su carácter”¹⁹⁹.

El Derecho está inserto en la Historia de la comunidad política. No es fruto de la contingente y arbitraria voluntad de los gobernantes de un país: el legislador no puede crear derecho *ex nihilo*²⁰⁰, sino que está condicionado y arraigado en la historia, la cultura y la tradición de la nación²⁰¹. Así, pues, el concepto de pueblo –“organismo de especie superior”²⁰²– es previo y trasciende al conjunto de individuos que habitan en un momento determinado el territorio de un Estado. Es una unidad natural e histórica que liga las generaciones pasadas con las presentes y futuras, singularizado por las

¹⁹⁸ SERNA VALLEJO, M. *op. cit.*, p. 882.

¹⁹⁹ SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, traducción de Alfonso Posada, Madrid, sin datar, pero probablemente en el gozne de los ss. XIX y XX, p. 23.

²⁰⁰ WESENBERG, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtssentwicklung*, Lahr, 1954, p. 135, citado en GONZÁLEZ VICEN, F., *op. cit.* p. 20.

²⁰¹ “La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación, pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna (SAVIGNY, “Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica”, *Revista para la Ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, N°1, p. 16, citado por *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, traducido por Rafael Atard, Madrid, 1908).

²⁰² SAVIGNY, *Recensión N. Th. Gonner, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. 1, 1815, p. p. 131, citado por GONZÁLEZ VICEN, F., *op. cit.*, p. 23.

“(…) la sociedad y la historia aparecen concebidos como organismos vivientes cuyas diferentes partes –individuos, familias o pueblos para la sociedad y siglos para la historia– no pueden tener un desarrollo ni una existencia autónoma” (DUFOUR, A., “Savigny y el pensamiento del siglo XVIII”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 8, 1981, p. 24).

manifestaciones del espíritu del pueblo –Derecho, usos, arte, moral, religión, lenguaje, etc.– que lo diferencian de otros²⁰³.

La fuerza creadora del pueblo –“el espíritu del pueblo” o “la conciencia común del pueblo” (Savigny)– es la fuente de la que manan las convicciones jurídicas populares, que surgen de forma natural como consecuencia del carácter simbiótico de las relaciones sociales, que se traduce en que todos los ciudadanos obren o actúen uniformemente²⁰⁴. Lo que Ihering denomina “principio de la voluntad subjetiva, que descansa sobre la idea de que el individuo lleva en sí, en su sentimiento jurídico y en su energía, la razón de su derecho”²⁰⁵.

“(…) todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a los cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por la costumbre y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”²⁰⁶.

¿Cómo cristaliza la conciencia jurídica del pueblo? A través de dos fuentes formales: la costumbre que “es la expresión espontánea de la conciencia jurídica popular”²⁰⁷, y la ley aprobada en el parlamento, pero no concebido como fuente material del Derecho que pueda innovar en el ordenamiento jurídico de forma libre e independiente de la voluntad popular, sino que ha de dar expresión articulada a “una convicción jurídica ya existente

²⁰³ Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, I, 1.

²⁰⁴ “El nacimiento del Derecho desde el «espíritu del pueblo» es invisible. ¿Quién osaría trazar los caminos por los que una convicción surge, germina, crece, se desarrolla, retoña?...Lo que nos es visible es lo que ya ha salido a la luz, es decir, el Derecho una vez surgido de la obscura fragua en que ha sido elaborado, una vez que se nos hace real” (PUCHTA, *Institutionem*, I, pp. 26-27, citado por GONZÁLEZ VICEN, F., *op. cit.*, p. 28).

²⁰⁵ IHERING, *El espíritu del derecho romano*, p. 84.

²⁰⁶ SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo...*, p. 28.

²⁰⁷ DUFOUR, A., *op. cit.*, p. 17.

con certeza, o bien ayudando, según el verdadero sentido de la nación, a la fijación de una convicción en trance de constituirse”²⁰⁸.

“Tú Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano: derecho positivo que verdaderamente sea derecho, no hay otro que aquél que el pueblo dicta expresamente en sus hechos al Ministro o al Diputado, o el que el Diputado o el Ministros saben adivinar en las elaboraciones más o menos calladas de la opinión: si el pueblo crea una costumbre «fuera de ley», es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vio que existía allí una necesidad demandando plan, regla, para satisfacerse: si el pueblo crea una «costumbre contra ley», es que el legislador, por distracción, por precipitación o por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad o no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era adecuada, que le venía ancha, que le venía estrecha, o que le era enteramente exótica. Y en ese caso, no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano”²⁰⁹.

La utilidad de la legislatura reside en que en ocasiones el derecho alumbrado por la conciencia popular no es lo suficientemente claro, preciso y completo para garantizar la seguridad jurídica. Por ello, es necesario que el parlamento “purgue adecuadamente la costumbre, desvanezca tales dudas e interpretaciones, y ponga en plena evidencia el derecho real, que es la verdadera voluntad del pueblo, manteniéndolo puro”²¹⁰.

En la teoría democrática de Sassoferrato el derecho legislado se funda, al igual que la costumbre, en el consentimiento, sólo cambia su forma de expresión: “*lex et consuetudo differunt sicut tacitum et expressum*”²¹¹.

“The great advance made by Bartolus was that he perceived the parallelism between written and unwritten law to lie in the element of the consent”²¹².

²⁰⁸ PUCHTA, *Institutionem*, I, p. 29, citado por GONZÁLEZ VICEN, F., *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁹ COSTA, J., *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid, 1901, pp. 91 y 92.

²¹⁰ SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo...*, *op. cit.*, p. 32.

²¹¹ SASSOFERRATO, B., *Commentaria super Digesto veteris*, 1, 3, 32, citado por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *op. cit.*, p. 114.

²¹² ULLMANN, W., “*De Bartoli sententia: concilium repraesentat mentem populū*”, *op. cit.*, p. 712.

La argumentación del jurista de Perugia es irrefragable: si el pueblo puede crear derecho mediante el asentimiento tácito –*consuetudo est tacita civium conventio*²¹³–, *a fortiori*, puede engendrarlo por medio del consentimiento expreso: “*Illud enim possunt per tacitum consensum quod possunt per expressum*”²¹⁴. Esta fundamentación es consonante con la definición de *lex publica* ofrecida por Papiniano en el siglo II: “*Lex est communis rei publica sponsio*”.

“La voluntad del Estado es la voluntad del conjunto de ciudadanos; la ley es un contrato por el cual estos últimos se obligan recíprocamente a observar cierto modo de proceder; y la obligación de todos, que de ello resulta, el derecho en el sentido objetivo. El sujeto del poder legislativo no es el Estado considerado como un ser superior a los ciudadanos, sino los individuos. La forma primitiva de la ley no es una orden o una prohibición dirigida a los subordinados, sino un convenio concluido entre personas iguales. El derecho, en el sentido objetivo, se deriva del pacto”²¹⁵.

La *sponsio* o promesa era un contrato de fianza que sólo podían celebrar ciudadanos, en virtud del cual el fiador o fiadores solidarios se comprometían a realizar la prestación en el caso de que no lo hiciera el *obligatus*: *Dari spondes mihi centum? Spondeo*. Estas promesas privadas tenían su reflejo en el derecho público: *rogatio* o *publica sponsio*, que era el acto de promulgación de la ley una vez redactada. Consistía en preguntar al *populus romanus* “si estaba dispuesto a dar su conformidad a la legislación que se le proponía, transformándola por consiguiente en derecho”²¹⁶.

Si bien en la República romana eran los comicios los encargados de prometer el acatamiento de la ley en nombre del pueblo romano, y los pretores concedían acciones a los perjudicados por la infracción de la ley por parte de un tercero; en el Principado “la *constitutio* es una *sponsio publica* hecha

²¹³ *Digesto* 1, 3, 35.

²¹⁴ SASSOFERRATO, B. da, *Commentaria super Digesto veteris*, 1, 3, 32, citado por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *op. cit.*, p. 114.

²¹⁵ IHERING, *El espíritu del derecho romano*, p. 169.

²¹⁶ MCILWAIN, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991, p. 72.

por el *princeps* en nombre de todo el *populus* y cuya protección se hacía a través de la prestación de la función jurisdiccional”²¹⁷.

“El derecho presupone la desesperanza ante lo humano. Cuando los hombres llegan a desconfiar mutuamente de su propia humanidad procuran imponer entre sí, para poder tratar y traficar, algo pretendidamente inhumano: la ley. El hombre que en tiempo de Augusto logró conservar más puro y neto el viejo espíritu romano, tal vez porque supo vivir en secreto y sin aspavientos, el gran Tito Livio dice: «Es la ley cosa sorda e inexorable, incapaz de ablandamiento ni benignidad ante la menor trasgresión» (...) Ahora sus atributos son entonces los mismos del pedernal. Es la ley inexorable y rígida como un mineral. Se parece más al hierro que a la carne. Por eso, ante ella todos los hombres son iguales (...) En la monarquía pasa lo contrario: los súbditos se hallan bajo la ley, pero el monarca se confunde con ella y la prescripción legal queda sustituida por la voluntad de un hombre. A un pueblo que siente con hiperestesia el derecho cosa tal le enloquece”²¹⁸.

La costumbre es un convenio tácito mientras que la ley pública es un contrato expreso y colectivo. No es requisito esencial el consenso ni la participación de todos ya que el acuerdo mayoritario vincula a la totalidad de los ciudadanos. Empero, en ambos casos el objeto de la norma es la preservación de los intereses del conjunto de los *cives*. La *lex privata*, en cambio, es un pacto explícito y particular o privado que gira en torno al interés de las partes contratantes.

“*Ius* es el lazo, lo que liga, la regla de derecho; es decir, el *ius*, en el sentido objetivo, es lo que liga a todo el mundo, lo que impone a todos un deber o les concede un derecho; *ius*, en el sentido subjetivo, es el que liga a uno sólo y otorga un derecho a otro; éste último ha creado por la *lex* convenida entre ambos una regla jurídica que contiene para el otro la obligación de hacer tal o cual prestación, y como es a él a quien pertenece el ejercicio, la ejecución de esta regla, el derecho es *el suyo*. Las reglas que la comunidad se impone, o que reconoce tácitamente, y cuya ejecución vigila, tienen con ella la misma relación, es decir, no son disposiciones sin relación subjetiva, sino que constituyen sus derechos, sus facultades”²¹⁹.

²¹⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, México, 1998, p. 44.

²¹⁸ ORTEGA Y GASSET, J., *Del Imperio Romano*, Madrid, 1941, pp. 166 y 167.

²¹⁹ IHERING, *El espíritu del derecho romano*, pp. 170 y 171.

La teoría democrática y organicista del Estado de Sassoferato, cifrada en el *regimen ad populum*, gravita sobre el principio democrático: la totalidad de ciudadanos es la autoridad suprema, no se reconoce ninguna superior: “*civitas sibi princeps*”²²⁰. Sin embargo, el *populus* no ejerce *per se* los poderes públicos sino que en virtud del mandato representativo los delega en los representantes políticos²²¹.

¿Quiénes son ciudadanos? El jurista de Perugia concebía el sufragio como función y no como derecho, de forma que no todos los habitantes de la *civitas* podían contribuir a la formación de la voluntad colectiva sobre los asuntos públicos, sino sólo los que integrarán la categoría jurídico-política de ciudadanos. El acceso a los cargos públicos estaba vedado a los “vilissimis”: mujeres, niños, extranjeros y esclavos porque no estaban capacitados para prestar consentimiento; y los magnates por el riesgo cierto de que oprimieran a la multitud.

“Quod autem dico per multitudinem, intellego exceptis vilissimis (...) Item ab isto regimine possunt excludi aliqui magnates, qui sunt ita potentes quod alios opprimerent”²²².

La *civitas* surge del consentimiento de todos aquéllos que persiguen un propósito colectivo, que no es otro que la justicia, el bien común. Sin embargo, la urbe no puede gobernarse de forma asamblearia por lo que Sassoferato articula el principio representativo.

El gobierno de la ciudad se concentra en el *Concilium*, *Adunantia* o *Parlamentum*, que representa al conjunto de los ciudadanos: “*Concilium quod totam civitatem repraesental*”²²³, cuya “misión consistía en dictar leyes que

²²⁰ SASSOFERRATO, *De regimine civitatis*, II.

²²¹ “(...) «regimen ad populum» means, not that the government is managed directly by the people, but that the “jurisdictio” is with them” (WOOLF, C. N. S., *op. cit.*, p. 177).

²²² SASSOFERRATO, B., *De regimine civitatis*, II.

²²³ SASSOFERRATO, B. da, *Commentaria super secunda parte Digesto veteris*, 12, 1, 27, citado por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La ciencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 115.

condujesen al bien del pueblo y que redundarán en interés de éste (utilitas publica) y elegía los principales cargos del Estado”²²⁴.

El Consejo representa el espíritu o la conciencia de los ciudadanos: “*Concilium repraesentat mentem populi*”²²⁵, pero el pueblo no aliena su soberanía – “*populus nunquam moritur*”²²⁶ – sólo delega el ejercicio del poder legislativo por medio de la *traditio imperii*, institución tomada de la *Lex Regia*.

El *populus* es el soberano: “un pueblo libre posee la soberanía pura y sin mezcla”²²⁷. Lo que implica que es la fuente material del derecho consuetudinario²²⁸, por lo que puede derogar por desuetudo²²⁹ o uso en contrario las normas aprobadas por el *Concilium* y, además, conserva la facultad de revocación o modificación de las potestades públicas concedidas a los miembros del *Parlamentum*: “*populus (...) potest potestatem imperatores revocare et etiam degradare*”²³⁰.

²²⁴ ULLMANN, W. *Historia del pensamiento político...*, *op. cit.*, p. 206.

²²⁵ SASSOFERRATO, *Commentaria super Digesto veteris*, 1, 3, 32, citado por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La ciencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 115.

²²⁶ UBALDIS, B., *Commentaria in Digestum veteris, Proemium, Quoniam*, num. 45 (fol. 3), citado en *ibidem*, p. 107.

²²⁷ SASSOFERRATO, *Sobre el Digesto*, 43, 6, 2, citado por BLACK, A., *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge, 1996, p. 178.

²²⁸ “*Consuetudines non fuit traslata princeps. Traslata est potestas condendi legem expressam et scriptam nom autem consuetudinariam quae in eum potruit transferri cum procedat ex tacito consensu*” (SASSOFERRATO, B., *Commentaria super codicis*, 8, 52, 2, citado por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La ciencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 114).

²²⁹ “Sin ninguna duda, la palabra *desuetudo* envuelve a veces un hecho que no tiene nada de común con el derecho consuetudinario: me refiero a la no aplicación de una ley durante un largo espacio de tiempo por falta de materia para su aplicación. Este hecho negativo no expresa ninguna convicción de derecho ni establece ningún derecho consuetudinario. Pero si habiéndose presentado los casos previstos por la ley, se hubiese prescindido de servirse de ella, ese abandono de la ley, hecho habitual, sería tan eficaz para abolirla como si una costumbre positiva la hubiese sustituido por una regla contraria” (SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, I, 3).

²³⁰ SASSOFERRATO, *Commentaria super Digesto veteris*, 1, 9, 3, citado por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La ciencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 107.

2. Costumbre vs ley

El sentimiento jurídico del *populus* es la primera, natural e inmanente fuente material del Derecho²³¹, de la que ha brotado la costumbre desde la noche de los tiempos. Los gobernantes de las sociedades primitivas no promulgaban leyes para ordenar las relaciones sociales sino que se limitaban a emitir mandatos²³², sin embargo, existían normas jurídicas: las costumbres. En efecto, Evans-Pritchard afirma que en una tribu nuer “existe la ley (derecho)”²³³ porque “la ley (el derecho) existe allí donde la gente está de acuerdo en que determinadas acciones lesionan los derechos de otros, y que los daños o lesiones pueden repararse, resolviéndose formalmente las disputas y reconciliándose las partes”²³⁴.

El antropólogo social Malinowsky, en su obra *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, se plantea el objetivo de conocer “en qué consisten la fuerza de la ley y el orden en la sociedad salvaje”²³⁵, por medio del estudio de la comunidad melanésica, que se extiende al noroeste de Nueva Guinea. En síntesis, reside en el convencimiento de los nativos sobre las ventajas del mutualismo para garantizar su subsistencia, lo que implica reconocer “que otro hombre tiene algún derecho sobre su trabajo”²³⁶ y cumplir las costumbres que regulan este sistema de organización social.

“Las reglas jurídicas destacan del resto por el hecho de que están consideradas como obligaciones de una persona y derechos de otra. No están sancionadas por una mera razón psicológica, sino por una definida maquinaria social de poderosa fuerza obligatoria que, como sabemos, está

²³¹ “Tal es la idea que se mantiene comúnmente de la formación primitiva de todo derecho. El derecho, según ella, ha venido al mundo como el idioma, sin esfuerzos ni fatigas, fruto de la acción invisible, inconsciente y pacífica de la fuerza del pueblo” (IHERING, *El espíritu del derecho romano*, p. 307, nota 22).

²³² MAIR, L., *Introducción a la antropología social*, Madrid, 1975, p. 141.

²³³ FORTES, M., y EVANS-PRITCHARD, E. E., *African Political Systems*, 1940, p. 278, citado en *ibidem*, p. 142.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 142-143.

²³⁵ MALINOWSKY, B., *Crimen y costumbre en la sociedad primitiva*, Barcelona, 1991, p. 21.

²³⁶ *Ibidem*, p. 43.

basada en la dependencia mutua y se expresa en un sistema equivalente de servicios recíprocos lo mismo que en la combinación de tales derechos con lazos de relación múltiple. La manera ceremonial como se llevan a efecto la mayoría de las transacciones, que comprende apreciación y crítica públicas, contribuye aún más a su fuerza obligatoria”²³⁷.

La Escuela Boloñesa osciló desde una posición de rechazo hacia la costumbre como fuente normativa (Irnerio) en orden a preservar la hegemonía del derecho romano justiniano hacia otra más coherente con el pasado histórico.

Azón y Acursio resolvieron, por vía interpretativa, la contradicción de dos pasajes de la compilación justiniana referidos a la costumbre: una Ley de Juliano –*De quibus*– que empoderaba al pueblo al declarar la validez de la costumbre *contra legem*:

“No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y éste es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido, que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso”²³⁸;

y una Constitución de Constantino que negaba tal posibilidad: “No es despreciable la autoridad de la costumbre y del uso de largo tiempo, pero no ha de ser válida hasta el punto de que prevalezca sobre la razón o sobre la ley”²³⁹.

La armonización jurídica realizada por los glosadores “pasó por reconocer el pleno valor al texto del *Digesto* y por considerar que la Constitución de Constantino impedía que una costumbre especial derogase

²³⁷ *Ibidem*. p. 70.

²³⁸ *Digesto*, I, 3, 32.

²³⁹ *Código de Justiniano*, 8, 53, 2.

una ley general, pero no que una costumbre general pudiese prevalecer sobre una ley general”²⁴⁰.

Esta controversia se suscitó también en España en los siglos XVI-XVIII entre juristas y teólogos. Había dos grupos: uno, integrado por Covarrubias, Azpilcueta Navarro, Escobar, Caramuel, etc., que admitía la costumbre *contra legem* con el argumento que “el soberano [rey] tiene su autoridad dependiente del pueblo, y que por eso no puede promulgar una ley sino a condición de que el pueblo la acepte, y que el pueblo puede legítimamente abstenerse de aceptar, o sea de cumplir una ley y desusar la que una vez aceptó (...) el rey es el órgano de la legislación, el pueblo es el señor del derecho, por donde, si una ley no le conviene, la desusa y se da otra así propio en forma de costumbre”.

El otro estaba formado por Suárez, Domingo Soto, Gregorio López, Mujal, etc., Éste último jurista catalán del siglo XVIII manifestó su firme adhesión a los principios absolutistas sosteniendo que “introducir costumbre y constituir ley es una misma cosa, dado que aquélla tiene la misma fuerza que ésta: por consiguiente, los que pretenden que el pueblo puede en un Estado monárquico abrogar una ley por una costumbre contraria, no sólo suponen al pueblo potestad legislativa; suponen que esa potestad del pueblo es superior a la del soberano, y esto es absurdo, porque vale tanto como suponer que el inferior tiene potestad sobre el superior, tanto como suponer que una misma cosa es juntamente superior e inferior. Los que no ven este defecto de potestad en los pueblos sujetos a monarca, lo tienen en su entendimiento, o acaso en su voluntad, no queriendo verle”. Su razonamiento era lógico: “El pueblo no puede introducir costumbre contra ley en los Estados monárquico-absolutos, porque allí la soberanía reside en el rey, pero reconocía potestad en

²⁴⁰ SERNA VALLEJO, M., *op. cit.*, p. 869.

él para introducirla en los demás Estados donde la soberanía reside en el pueblo”²⁴¹.

Desde el Medievo hasta finales del Antiguo Régimen, se mantuvo en la Europa continental –la historia jurídica de Inglaterra fue diferente²⁴²– un enconado enfrentamiento dialéctico sobre las fuentes formales del Derecho – ley y costumbre– porque estaba en juego nada menos que la determinación del centro de imputación del poder político: la titularidad de la soberanía.

De una parte estaban el emperador, el papa y los reyes, que defendían la “tesis romana de que la ley y el Derecho son creaciones de una voluntad legisladora que actúa consciente y deliberadamente, ya sea la voluntad de un gobernante particular o de una determinada comunidad”; y la otra estaba representada por los señores feudales y las ciudades que sostenían que “el Derecho no trae su existencia de un acto creador de la voluntad, sino que se concibe como un aspecto de la vida colectiva, como costumbre; el acto legislativo no es manifestación de una voluntad normativa, sino simple redacción o plasmación escrita de cuanto ya vive como Derecho en el uso y costumbre de sus hombres”²⁴³.

“No en vano si el Emperador, los Reyes, el Papa y sus respectivos juristas defendían la supremacía de la ley respecto del derecho consuetudinario y luchaban por limitar las costumbres, en particular las contrarias a la ley, lo hacían porque el reconocimiento de la superioridad de aquélla implicaba la consolidación de su propio poder y autoridad, mientras

²⁴¹ COSTA, J., *op. cit.*, pp. 87-89.

²⁴² Durante el Medievo y la primera hora de la modernidad “el derecho emanado del rey y sus barones se componía primordialmente de costumbres no escritas, algunas muy antiguas, que el rey y su Curia más que aprobar se limitaban a confirmar (...) era el derecho quien hacía al rey y no a la inversa (...) [sin embargo] a lo largo del siglo XVII los jueces de *Common Law* se vieron obligados a aceptar, no sin renuencia, la supremacía de los *statutes* aprobados por el Parlamento, a cambio de que éste reconociese la importancia del derecho consuetudinario en el sistema de fuentes” (VARELA SUANCES, J., “La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1/1998, Soberanía y Constitución, Oviedo, pp. 89 y 100).

²⁴³ PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *La noción del Estado*, Madrid, 1970, p. 103.

que la defensa que los feudistas, las ciudades y las comunidades eclesiásticas locales formularon de la costumbre se explica en el interés que tenían en preservar su autonomía y fuerza frente al Emperador, a los Reyes y al Papa”²⁴⁴.

Durante los siglos XVI y XVII esta disputa por la soberanía propició en España un divorcio contencioso entre el poder político absolutista, que promulgaba una miríada de leyes, y el pueblo que las inobservaba sistemáticamente –“se acatan pero no se cumplen”– aplicando en su lugar las costumbres locales²⁴⁵. Felipe II en 1593 y Felipe III en 1610 recordaban estérilmente el incumplimiento de las pragmáticas reales:

“Como quiera que para el buen gobierno y administración de justicia destos nuestros Reynos se han proveído y promulgado diversas leyes y pragmáticas, cuya observancia ha sido y es muy importante y necesaria, y no la han tenido como conviene, lo cual ha procedido así del poco cuidado que de su execución y de las penas por ellas impuestas han tenido las nuestras Justicias, como de haberse usado de diversos medios e invenciones para defraudar lo por ellas proveído; de que, además de haber sido Nos deservido, han resultado grandes daños e inconvenientes, que requieren breve y eficaz remedio; y habiéndose conferido y platicado sobre ello en el nuestro Consejo y con Nos consultado, fue acordado que debíamos mandar y mandamos por esta nuestra ley y pragmática sanción, la qual queremos que haya fuerza y vigor de ley, como si fuese fecha y promulgada en Cortes, que de aquí en adelante se guarden las leyes contenidas en los nueve libros de la Recopilación de las Leyes destos Reynos”²⁴⁶.

El propio Felipe V, en 1714, tronó contra los doscientos años de desuso popular de las leyes del Reino, reiterando su vigencia y su carácter vinculante para todos los españoles: “Todas las leyes del Reyno que expresamente no se hayan derogadas por otras posteriores se deben observar

²⁴⁴ SERNA VALLEJO, M., *op. cit.*, p. 875.

²⁴⁵ “Cuando se analiza la vida interna de la nación en aquellas dos centurias, particularmente la de su legislación, no tarda en formarse la impresión de una sociedad sin Estado o, si se quiere de un Estado de papel, vacío de todo contenido, en que el monarca y el pueblo se disputan calladamente la soberanía y la ejercen ambos a la vez, no armónicamente y de concierto, sino en oposición y por vía de resta: el primero, escribiendo sus tablas de preceptos y declaraciones y notificándoselas pomposamente, cual desde otro Sinaí, al pueblo; el pueblo, oponiéndoles su veto pasivo, negándoles su sanción” (COSTA, J., *op. cit.*, p. 113).

²⁴⁶ *Novísima Recopilación*, Lib. III, Tít. II, Ley 10.

literalmente, sin que quepa admitirse la excusa de decir que no están en uso, pues así lo ordenaron los Señores Reyes Católicos y sus sucesores en repetidas leyes y yo lo tengo mandado en diferentes ocasiones; y aun cuando estuviesen derogadas, es visto haberlas renovado por el decreto que conforme a ellas expedía, aunque no las expresase; sobre lo qual estará advertido el Consejo, celando siempre la importancia de este asunto”²⁴⁷.

Para garantizar la seguridad jurídica y la prueba de la costumbre ante los tribunales²⁴⁸ era práctica habitual en las tierras castellanas proceder periódicamente a la actualización, concreción y definición de las mismas, en orden a evitar conflictos judiciales y violentos –frecuentes por la disparidad interpretativa de los usos consuetudinarios–, mediante su promulgación en ordenanzas locales por los vecinos de la localidad (concejo abierto)²⁴⁹ o en fueros aprobados por los representantes del Reino: Fueros de Vizcaya (Junta General del Señorío), Observancias de Aragón (Cortes Aragonesas).

“La costumbre no fue general ni coincidente para todos los reinos y ni siquiera fue la misma para un solo reino, sino que el ámbito de su vigencia territorial fue en muchas ocasiones muy reducido; por ejemplo una localidad y sus términos circundantes. También existieron costumbres con vigencia territorial mezcladas con las locales”²⁵⁰.

En los Estados de la Europa occidental, el reconocimiento de la costumbre como fuente formal del Derecho y su aplicación por los tribunales locales protegía los derechos tradicionales de los desposeídos sobre las tierras comunales y baldías, cuya subsistencia se veía gravemente amenazada por las pretensiones de la nobleza y la burguesía, que ambicionaban privatizarlas y robustecer el derecho de propiedad privada con el fin de impedir cualquier uso o aprovechamiento comunitario mediante el cercamiento de los predios.

²⁴⁷ *Novísima Recopilación*, Lib. III, Tít. II, Ley 11.

²⁴⁸ Cfr. MONSALVO ANTÓN, J. M^a., “Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila. (Observaciones sobre los ámbitos del pastoreo y los argumentos rurales en los conflictos de términos)”, en DIOS, S. de, *et alter*, *op. cit.*, pp. 15-70.

²⁴⁹ Cfr. COSTA, J., *op. cit.*, pp. 122-130.

²⁵⁰ PÉREZ-PRENDES, *op. cit.*, p. 503.

“Constituye ésta [el seguro mutuo para el ganado vacuno] una de las numerosas instituciones comunales antiguas que han llegado hasta nuestro tiempo (los pastos de aprovechamiento común, los propios de los pueblos, la derrota de mieses, la adula, el reparto de leñas y de hierbas, el sorteo periódico de tierras de labor, los prados de concejo, la taberna de concejo, el monopolio de la venta de comestibles, la plantación de castaños y otros árboles en tierras concejiles, la herrería, tejería y molino del común, los pósitos, el gremio, el seguro mutuo, la iguala concejil, el corral de concejo, la andecha y la lorra, el serano, la sestaferia, la democracia directa por el concejo de vecinos, etc.), y que son un ejemplo elocuente de cuán admirablemente se adapta el derecho, lo mismo el público que el privado, a las condiciones de la vida cuando no lo cohibe o tuerce el poder supremo, movido por sugerencias doctrinales o por un mal entendido personalismo.

La individualización no llegó hasta donde hubiera querido la Ciencia Económica, sino hasta donde lo consintió la vida, que fuera de ese límite se habría extinguido. La masa de la población, compuesta de los débiles, de los desheredados, de los imprevisores, de los poco capaces, de las familias heridas por la muerte en los miembros que habían de servirles de sostén, las que sucumbían a los rigores de la fortuna, a accidentes fortuitos de la naturaleza, a desgracias imprevistas, encontraban en esas instituciones un alivio para su desventura, o una tutela contra el egoísmo de los afortunados; con ella, la competencia tenía un regulador y la lucha por la existencia un freno. No abarcaban la vida entera, que habría sido oprimir o negar la individualidad; le servían de coeficiente en el límite preciso, y nada más; regularizaban y moderaban el movimiento no siempre ordenado de ese mecanismo complejo de la vida local, donde tantas fuerzas se cruzan, entrechocan y destruyen”²⁵¹.

El desenlace del dilatado enfrentamiento dialéctico y social entre la *soberanía de la costumbre* (soberanía popular) y la *soberanía de la ley* (soberanía personal del monarca) se produjo con la Revolución francesa, que instituyó la supremacía normativa de la ley y la soberanía del Parlamento.

“(…) en Hobbes el *pactum subiectionis* confiere todo el poder al soberano, que no está sometido a ningún vínculo; en realidad se daba una identificación del monarca con el pueblo y con el Estado, los cuales no tenían, según Hobbes, una voluntad distinta de la que aquél. Pues bien: los revolucionarios franceses terminaron haciendo lo mismo, sólo que sustituyendo parcialmente el Rey por el Parlamento, cuya voluntad –la ley– se identificaba con la voluntad general, es la voluntad general; ésta no puede ser otra cosa que la voluntad manifestada por los representantes.

²⁵¹ COSTA, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo I, Zaragoza, 1981, p. 319.

(...) lo que en Hobbes se resolvía con bastante lógica, con la lógica monolítica de la coincidencia en un mismo sujeto de la titularidad y el ejercicio del poder, quiebra ahora esa lógica con el principio de soberanía nacional, que introduce una dualidad de incómoda explicación”²⁵².

La ley es descarnadamente racional, puro ejercicio voluntarista, intelectual y mecánico del Parlamento, autoridad suprema del Estado que monopoliza la creación del Derecho.

“La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico. Así esta escuela no puede explicar el que en alguna ocasión no sea todo el derecho introducido completamente nuevo y diverso del precedente, sino porque el legislador fue perezoso en el recto ejercicio de su cargo y tuvo, por tanto, necesidad de conservar, aunque con carácter de interinidad, como verdaderas para el presente, las opiniones jurídicas del momento anterior”²⁵³.

Conviene tener presente que en el constitucionalismo liberal europeo la Constitución fue un texto programático, un pacto político entre el Rey y las Cortes hasta el siglo XX²⁵⁴, de forma que la racionalización del poder político, la igualdad formal y el embrionario estatuto jurídico del ciudadano fue obra de la ley. Hay que resaltar el fenómeno político-jurídico de la codificación. La unificación jurídica actuó como palanca de la unidad política ya que derogó la pluralidad de fuentes materiales y formales del Derecho vigentes en el Antiguo Régimen y las redujo a una: las Cortes y la ley²⁵⁵.

²⁵² TORRES DEL MORAL, A., “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos”, *Revista de Derecho Político*, N° 14, 1982, p. 10.

²⁵³ SAVIGNY, “Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica”, *op. cit.*, p. 16.

²⁵⁴ Las constituciones alemana (1919), austríaca (1921) y española (1931) reconocieron por primera vez la naturaleza jurídica de la constitución de modo que desde entonces ocupa la cúspide de la pirámide normativa, desplazando a la ley. Sin embargo, en el constitucionalismo norteamericano, la Constitución fue la norma suprema del ordenamiento jurídico desde sus orígenes: el artículo VI. 2 de la Constitución de 1787 la declaraba “Ley Suprema del país”.

²⁵⁵ Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, E., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 57 (1951); 60 (1951) y 63 (1952) y PÉREZ SERRANO, N.,

La labor codificadora fue estimable porque no sólo ordenó y sistematizó el pandemónium legislativo del Antiguo Régimen²⁵⁶, sino que prestó un impagable servicio a favor de la igualdad formal ante la ley en la esfera pública –código penal y procedimiento penal– y privada –códigos civil y mercantil y procedimiento civil–.

“La Codificación es una aspiración de los nuevos regímenes liberales, y el modo de exteriorizar la afirmación de los derechos individuales del ciudadano frente al nuevo Estado. Por esta razón, la Codificación persigue la unificación del derecho y la supresión de la desigualdad entre los ciudadanos; el principio constitucional de la igualdad adquiere su consagración en el orden del Derecho privado a través de los Códigos civiles y mercantiles, que además confieren garantías suficientes para el ejercicio de esos derecho «erga omnes»”²⁵⁷.

Las Cortes ocupan la centralidad institucional en el Estado y van asumiendo progresivamente la potestad legislativa. El Parlamento es el centro de acción política de la Nación y su producto normativo –la ley– es encumbrada al ápice de la pirámide normativa y puesta al servicio de los intereses del capitalismo –“Quod oligarchae placuit, legis habet vigorem”²⁵⁸–, cuyos representantes señorean la asamblea legislativa.

“Repárese de qué modo, los liberales de las dos últimas generaciones [siglo XIX] amamantados en las ranciedades doctrinarias del año 30, han venido ostentando y todavía ostentan, una personalidad doble, y como los esfuerzos de la Filosofía jurídica han de dirigirse lo primero a reducir esas dos personalidades a una sola: en cuanto políticos, proclaman la soberanía del pueblo; en cuanto jurisconsultos, la niegan, negando al pueblo la facultad de legislar en forma de *desuso* y de *costumbre contra ley*. Y como la soberanía declarada o reconocida en la Constitución no es más que una palabra; como la soberanía, donde tiene su eficacia es en la vida, es claro que, negándola en la vida, aunque la proclamen en la Constitución, que es un papel, los liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas, sin más diferencia respecto a los devotos del régimen antiguo, que en vez de

“Constitucionalismo y Codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. Extraordinario, tomo XXV, 193 de la Colección, Madrid, 1953.

²⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio crítico a la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

²⁵⁷ BARÓ PAZOS, J., *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, p. 13.

²⁵⁸ COSTA, J., *Memoria sobre oligarquía y caciquismo*, Madrid, 1902, p. 27.

colocar la fuente viva, real de la soberanía en un rey, la trasladan a su propia persona en calidad de órganos del Estado oficial. Desorientados por la apariencia externa, diríase que ven las cosas a través de una lente biconvexa: «Yo soy Diputado a Cortes, yo soy Senador del Reino, yo soy ministro de la Corona: por consiguiente, soy legislador, y, siendo legislador, claro está soy soberano: el pueblo está ahí para obrar como yo disponga, y para cambiar de dirección y de conducta cuando a mí me plazca; si no hace caso de *mi* ley, de *mi* reglamento, de *mi* orden, es que me desobedece, y debo compelerle a extirpar la regla que ha osado estatuir enfrente de la mía, sin mi conocimiento y contra mi voluntad»²⁵⁹.

Las revoluciones liberales empoderaron a una burguesía depredadora, ávida de heredades y de una concepción absolutista del derecho de propiedad²⁶⁰, que exigía leyes de cerramiento. La oligarquía no cree en el pueblo sólo en el egoísmo y la avaricia del individuo que pugna en el mercado por satisfacer sus necesidades y deseos, lo que arruinó al campesinado²⁶¹.

“La Economía individualista y atómica, basada en categorías abstractas de razón, y el espíritu revolucionario de nuestro siglo, impulsado por un odio ciego a lo pasado, destruyeron en una hora la más de esas fórmulas, que venían consagradas por el voto de treinta generaciones, y entorpecieron el juego de las demás; y el campesino y el menestral se han encontrado repentinamente abandonados a sí propios, huérfanos de aquella tutela paternal que los antepasados habían encarnado en instituciones sabias y protectoras, solos enfrente de un Estado central incapaz de prevenir los dolores individuales y aun de remediarlos de otro modo que por el incompleto e imperfectísimo de la beneficencia pública organizada militarmente²⁶².

²⁵⁹ COSTA, J., *La ignorancia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

²⁶⁰ Art. 544 del Código civil napoleónico (1804): “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos”.

²⁶¹ “(...) el cercamiento arruinaría a Inglaterra; era peor que diez guerras...Yo tenía cuatro vacas antes de que la parroquia fuera cercada, y ahora no tengo ni tan sólo un ganso” (manifestación realizada por un *cottage* en 1804 en Maulden (Bedfordshire), cuyo terreno comunal fue cercado en 1797”, citado por THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Barcelona, 1995, p. 205.

“En 1791, en Sheffield se había aprobado un ley especial para cercar seis mil acres (2430 hectáreas) de tierra comunal y baldía junto a la ciudad, compensando a los pobres con dos acres (0,809 hectáreas) solamente” (*ibidem*, p. 147).

²⁶² COSTA, J., *Derecho consuetudinario...*, *op. cit.*, p. 319.

Desde finales del siglo XVIII, los parlamentos y ayuntamientos burgueses convirtieron “la justicia natural de los beneficios en razón de derecho”²⁶³ mediante la aprobación de leyes de cercamiento de predios y la desamortización de las tierras municipales y baldías para entregárselas a sus iguales a precios muy ventajosos.

3. Marsilio de Padua²⁶⁴

Marsilio es un filósofo de transición hacia la modernidad. Su filosofía del Estado pretende lograr la tranquilidad pública de los reinos y ciudades²⁶⁵ italianas, convulsos por la *plenitudo potestatis* papal, responsable de los

²⁶³ THOMPSON, E. P., *op. cit.*, p. 165.

²⁶⁴ La teoría política marsiliana ha sido objeto de múltiples y variadas interpretaciones por parte de la doctrina científica, reflejadas en una vasta bibliografía, lo que evidencia que los planteamientos teóricos de Marsilio son complejos y sugerentes. En orden a enunciar mi interpretación republicana sobre su doctrina política me he ilustrado con las siguientes obras, principiando por las propias del autor, que siempre son el punto de partida y referencia ineludible: *El defensor de la paz* y *El defensor minor*; LABANCA, B., *Marsilio da Padova riformatore político e religioso del secolo XIV*, Padua, 1882; BATTAGLIA, F., *Marsilio di Padova e la filosofia política del Medio Evo*, Firenze, 1928; PIAIA, G., *Marsilio da Padova nella Riforma e nella Controriforma*, Padua, 1977; HOFMANN, H., *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'ottocento*, Cap. V “Repraesentatio identitatis”, Milano, 2007; BAYONA AZNAR, B., *Religión y poder. Marsilio de Padua: ¿La primera teoría laica del Estado?*, Madrid, 2007; *El origen del Estado laico desde la Edad Media*, Madrid, 2009; “Marsilio de Padua y Maquiavelo: una lectura comparada”, *Foro Interno*, Nº 7, 2007; “El poder del Papa. Aproximación a la filosofía política de Marsilio de Padua”, *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, Nº 36, 2007; “El significado «político» de la Ley en la filosofía de Marsilio de Padua”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 22, 2005; GIACOMO, M. di, “Marsilio de Padua y las teorías emergentes de gobierno”, *Apuntes filosóficos*, 40, 2012; LEE, HY., *Political representation in the Later Middle Ages: Marsilius in context*, New York, 2008; ROCHE ARNAS, P., “La «plenitudo potestatis» en el Defensor Minor de Marsilio de Padova”, *Éndoxa: Series filosóficas*, Nº 6, Madrid, 1995; “La Ley en el Defensor Minor de Marsilio de Padua”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, Nº2, 1995; GARCÍA CUE, J. R., “Teoría de la ley y de la soberanía popular en el «Defensor Pacis» de Marsilio de Padua”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 43, 1985.

²⁶⁵ Esta ambiciosa empresa es la que pretende alcanzar en su *magnum opus*: “Se llamará este tratado *Defensor de la Paz*, porque en él se tratan y se explican la principales causas por las que se conserva y se da existencia a la paz civil o tranquilidad, y aquéllas también por las cuales la opuesta contienda nace, se impide y se suprime” (*El defensor de la paz*, III, 3).

conflictos entre el Papa y el Emperador²⁶⁶. La empresa es ardua: refutar la doctrina hierocrática y formular otra alternativa que instaure la paz en la península itálica.

La teoría política marsiliana es republicana, laica y racional. Gravita sobre un naturalismo de corte aristotélico, en virtud del cual declina la ascendencia divina en los asuntos temporales en orden a empoderar al hombre, que adquiere un inédito protagonismo –antropocentrismo– en la vida política, anuncio de la Modernidad.

Con la incorporación de la filosofía aristotélica a la política se produce una inflexión medular en la Historia del pensamiento político, a saber, la teología es orillada por la filosofía del Estado. Lo que produce la postergación del príncipe cristiano y la centralidad de un nuevo paradigma político –que desde Marsilio entronca con el iusnaturalismo racionalista pasando, entre otros, por Maquiavelo y Furió Ceriol–, caracterizado por disociar los planos religioso y moral de la acción de gobierno –un buen rey puede ser una mala persona y viceversa–, de forma que la adopción de decisiones políticas responda a criterios puramente racionales que atiendan al bien común de la nación, entendido como la cobertura de las necesidades o suficiencia de la vida y no en clave religiosa, ya que ésa fue la razón que impulsó al hombre a unirse en sociedad:

“Hubo, pues, hombres asociados para tener una suficiencia de vida, con poder para procurarse las cosas necesarias antes reseñadas, comunicándoselas entre sí. Esta agrupación así perfecta y con una extensión suficiente se llamó ciudad (...). Porque siendo necesarias a los que quieren vivir suficientemente diversas cosas que no pueden procurarse por hombres de un solo orden u oficio, convino que hubiese diversos órdenes y oficios de hombres en esa comunidad, ejercitando y procurando esas tales cosas, de las que los hombres necesitan para su vida suficiente. Y estos diversos

²⁶⁶ (...) la causa que se da para la discordia e intranquilidad de algunos reinos y comunidades civiles y que se dará para los demás si no se remedia: la idea, el deseo y el empeño con que el obispo romano y el grupo de sus clérigos tienden a apoderarse de cada uno de los principados y a poseer los bienes temporales hasta lo superfluo (*ibidem*, III, 1).

órdenes u oficios no son otra cosa que la pluralidad y división de las partes componentes de la ciudad”²⁶⁷.

Esta nueva teoría política pretendía destruir el omnímodo poder papal desplazando el centro de gravedad política hacia el pueblo –causa eficiente del poder temporal– y extirpando la idea misma de que una autoridad humana pueda ejercer la potestad celestial en el mundo terrenal, al entender que su titular es Dios pero que no la delegó en Pedro, con la consiguiente devaluación del estamento clerical.

3.1. La ley humana y la ley divina

La filosofía del Derecho penetra la teoría del Estado y viceversa. Son dos disciplinas estrechamente imbricadas, de forma que la postura doctrinal que se adopte en una de ellas tendrá resonancia en la otra: condicionará su planteamiento teórico.

El concepto marsiliano de ley humana pretende constituir un “un principado coactivo”²⁶⁸, que *mutatis mutandi* podría ser equivalente al Estado de Derecho ya que gravita sobre la secularización y democratización de la potestad legislativa, la división de poderes y la sumisión de los ciudadanos y del gobierno al imperio de la ley.

La filosofía del Derecho marsiliana está condensada en el último Capítulo de *El defensor de la paz*: “(...) el primer ciudadano o la primera parte del régimen civil, saber, el príncipe, ya sea un hombre o muchos, comprenderá (...) que a él sólo le compete la autoridad de mandar a la multitud sometida colectiva o individualmente, y de castigar a cada uno, si es preciso, según las leyes dadas, y de no hacer nada fuera de ellas, sobre todo en lo dificultoso, sin

²⁶⁷ *Ibidem*, I, IV, §5.

²⁶⁸ *Ibidem*, III, §3.

el consentimiento de la multitud sometida, o del legislador, ni provocar a la multitud ni al legislador, porque en la expresa voluntad de éste estriba la autoridad del principado. Y la comunidad sometida, o cualquier individuo de ella puede tener conocimiento (...) de cuál y cuáles gobernantes convenga instituir, y que está obligado a obedecer sólo a los preceptos de la parte gobernante en lo que tienen de coactivo, para el estado y en el estado de la vida presente, y sólo de acuerdo con las leyes promulgadas”.

Su teoría jurídica impugna el iusnaturalismo teológico del Medievo lo que persigue el efecto político de privar al papa, a los obispos y a los canonistas del monopolio de la determinación de lo que es justo –por vía interpretativa de las Sagradas Escrituras– y, por tanto, de la fijación del contenido material de la ley humana.

Marsilio es partidario del positivismo jurídico al arrumbar la concepción trascendente del derecho natural²⁶⁹ que pugnaba con la inmanente – aristotélica²⁷⁰ – aunque no reniega del valor justicia como teleología de la ley – *lo justo legal*– “porque en ella está determinado de un modo casi perfecto lo que es justo o injusto, útil o nocivo respecto de cada uno de los actos civiles”²⁷¹. La ley es un producto normativo coactivo, cuyo contenido sustantivo depende

²⁶⁹ “Algunos, empero, llaman derecho natural al dictamen de la recta razón en las cosas agibles, y lo colocan dentro del derecho divino, por razón de que todo lo hecho de acuerdo con la ley divina y según el consejo de la recta razón, absolutamente hablando, es lícito; pero no vale para lo hecho conforme a las leyes humanas, porque éstas pueden apartarse de la recta razón. (...). Porque muchas cosas son conformes con el dictado de la recta razón que, sin embargo, no aparecen a todos como por sí evidentes, ni son consiguientemente, como tales, sostenidas, y de hecho no son tenidas como honestas por todas las Naciones. Así, también, hay, de acuerdo con la ley divina, ciertos preceptos, prohibiciones y permisiones, que no son tomadas como tales por la ley humana” (*ibidem*, II, 12, §8).

²⁷⁰ “En la justicia civil y en el derecho político se puede distinguir lo que es natural y lo que es puramente legal. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que, en un principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto (...). Lo mismo sucede con los derechos que no son naturales, y que son puramente humanos; no son en todas partes idénticos. Las constituciones tampoco lo son, si bien existe una que es en todas partes la natural, y que es la mejor” (*Ética a Nicómaco*, V, 7).

²⁷¹ *El defensor de la paz*, I, 11, §3.

exclusivamente de la voluntad del legislador humano –la comunidad– no de Dios²⁷².

La *voluntas Dei* se plasma, en cambio, en la ley divina, recogida en las Sagradas Escrituras. No es susceptible de reforma ni de coacción en este mundo porque su ámbito de aplicación no es terrenal, sino que su observancia es facultativa para los ciudadanos aunque su acatamiento es imprescindible para ganar la vida eterna: fin último del hombre. Lo que implica que en caso de conflicto entre una norma humana y una divina la persona, en orden a alcanzar la vida eterna, debería cumplir la divina.

“La ley divina es un precepto inmediato de Dios, sin deliberación humana, sobre los actos humanos voluntarios que hay que realizar u omitir en esta vida, pero sólo a fin de alcanzar el mejor fin o estado que conviene a cualquier hombre en la otra vida. Digo precepto coactivo con respecto a sus transgresiones en este mundo, bajo pena o castigo que se aplicará a los autores de las mismas en el otro mundo, no en éste; y esta ley es llamada precepto inmediato de Dios, sin deliberación humana; y divina, porque aunque fuera promulgada por hombres, es decir, por los apóstoles y los evangelistas, sin embargo, no lo fue por ellos mismos, ni por su propia deliberación como causa eficiente inmediata, sino por medio de ellos en cuanto instrumentos de Dios o de Cristo en tanto que Dios, quien, como causa eficiente inmediata, los movía a ello”²⁷³.

Esta configuración de la ley divina implica una reformulación del concepto de poder espiritual. En efecto, la autoridad para aprobar y sancionar el incumplimiento de la ley divina es Dios, no el papa. Marsilio, arropado en una plétora de citas bíblicas, confina al estamento eclesiástico al pastoreo de almas: exposición del contenido de las normas divinas para que los fieles cultiven la virtud y puedan salvar su alma en la vida eterna; y a la administración de sacramentos.

“(…) cuando se habla de poder espiritual no debe entenderse como una autoridad o jurisdicción de alguien, que sea coactiva en este mundo, bajo

²⁷² “La ley humana es precepto coactivo que nace de la libre decisión de la voluntad humana” (*El defensor menor*, XIII).

²⁷³ *Ibidem*, I.

pena sobre bienes materiales o sobre personas, sino la de enseñar o actuar, exhortar y argumentar, como hemos señalado antes que era el poder del médico y del administrador”²⁷⁴.

La ley perfecta es aquélla que incorpora preceptos coactivos y expresa lo justo y conveniente para el desenvolvimiento social. Es imperfecta, pero válida, la ley cuyo contenido no responde al ideal de justicia de la sociedad en que ha de ser aplicada, pero el mandato o directriz que recoge está revestido de coactividad por ser aprobado por la autoridad competente²⁷⁵. Identifica la ley con el mandato coactivo²⁷⁶ –sin la nota de coacción estaríamos ante una sugerencia, consejo o recomendación, pero no ante una ley– aprobado y promulgado por la autoridad secular, la comunidad humana. Lo que confiere validez a una norma no es que responda a un ideal de justicia divina, sino que surja de la voluntad popular y que sea conminatoria, es decir, que cumpla con su función directiva y ordenadora de las conductas de los ciudadanos.

“(…) la ley humana es un precepto del conjunto de los ciudadanos, o de su parte prevalente, que deben legislar de modo inmediato y por su propia deliberación acerca de los actos humanos voluntarios que cada uno debe realizar o guardar en esta vida, para alcanzar el mejor fin o estado que conviene a todo hombre en este mundo. Digo que es un precepto coactivo con respecto a sus trasgresiones en esta vida, por la pena o el castigo que se debe imponer a los trasgresores”²⁷⁷.

²⁷⁴ *Ibidem*, IV.

²⁷⁵ “(…) no todos los conocimientos verdaderos de lo justo y lo conveniente civil son leyes, si no hay de ello un precepto coactivo, o no se dieran por modo de precepto, si bien ese conocimiento verdadero necesariamente se requiere para la ley perfecta. Más aún, a veces se dan por leyes falsas ideas de lo justo y lo útil cuando de ellas se da precepto de observancia, o se dictan por modo de precepto, como aparece en los países de algunos bárbaros que hacen observar como justo el que se absuelva de culpa y pena civil al homicida que ofrece un rescate por ese delito, cuando eso es enteramente injusto y por consiguiente sus leyes no son perfectas. Aún cuando tengan la debida forma, a saber, un precepto coactivo obligante a su observancia, carecen, sin embargo, de la requerida condición, a saber, de la debida y verdadera ordenación de la justo” (*El defensor de la paz*, I, 10, §5).

²⁷⁶ “La otra manera de considerarla [la ley] es cuando para su observancia se da un precepto coactivo con pena o premio en este mundo, o cuando se da en forma de tal precepto, y de este modo considerada se dice y es propísimamente ley” (*ibidem*, I, 10, §4).

²⁷⁷ *El defensor menor*, I.

3.2. El legislador popular

La vida social sería inviable si no se instituyesen leyes, pues ordenan los actos humanos a la justicia y a la utilidad común, proscriben aquéllos que son inicuos para la sociedad civil y resuelven los conflictos entre los ciudadanos en orden a preservar la paz social. El gobernante está sometido al imperio de la ley: es la aguja de marear que debe guiar su acción política y sus resoluciones sancionatorias y dirimientes de litigios civiles²⁷⁸.

La ley es un precepto coactivo, un desnudo mandato conminatorio que regula las conductas sociales del que no se puede sustraer ningún ciudadano so pena de sanción. Por tanto, hay que saber quién es el titular de la potestad legislativa, y preguntarse por el legislador es equivalente a inquirirse por el soberano.

En la teoría del Estado marsiliana la legitimación del poder político es democrática, pivota sobre el principio de soberanía popular: “El legislador o la causa eficiente primera y propia de la ley es el pueblo, o sea la totalidad de los ciudadanos, o la parte prevalente de él”. Asimismo, el pueblo puede ejercer *per se* la facultad legislativa o delegarla “a alguno o algunos, que nunca son ni serán absolutamente hablando el legislador, sino sólo para algo y para algún tiempo y según la autoridad del primero y propio legislador”²⁷⁹. ¿A quién se refiere Marsilio? Al consejo de doctos o de sabios al que la *universitas civium* le puede conceder o delegar la potestad legislativa “representando las veces y la autoridad de la totalidad de los ciudadanos”²⁸⁰.

¿Qué es el pueblo? El concepto de pueblo en Marsilio no es equivalente al *demos* clásico. Está constituido por el vulgo y las partes honorables de la ciudad, en definitiva, por la totalidad de los ciudadanos. La influencia de

²⁷⁸ Cfr. *El defensor de la paz*, I, XI, §1 y §5.

²⁷⁹ *El defensor de la paz*, I, 12, §3.

²⁸⁰ *Ibidem*, I, 13, §8.

Aristóteles es manifiesta. Comparte el origen natural y su concepción organicista de la ciudad, formada por partes perfectamente compenetradas y armónicas cuya finalidad es la consecución de la tranquilidad pública²⁸¹, cuyo fruto más sabroso es obtener lo necesario para la vida.

“(…) asentemos con Aristóteles que la ciudad es como una naturaleza animada o animal. Porque como el animal bien constituido según su naturaleza se compone de ciertas partes ordenadas entre sí con proporción, y con sus funciones combinadas entre sí y en orden al todo, así la ciudad se forma de determinadas partes cuando está bien constituida según razón. (...) la salud (...) es la disposición buena del animal, en la cual cada uno de sus miembros puede ejercitar perfectamente las acciones propias de su naturaleza; y según esta analogía la tranquilidad será la buena disposición de la ciudad o del reino, en la cual cada una de sus partes puede realizar perfectamente las operaciones convenientes a su naturaleza, según la razón y su constitución. (...) la intranquilidad será la mala disposición de la ciudad o del reino, como la enfermedad del animal, por la cual están impedidos todos o algunos de sus miembros para hacer sus operaciones propias, o tomados aparte absolutamente, o en su conjunto y funcionamiento total”²⁸².

Hace propia la división aristotélica de las partes de la ciudad con un matiz: considera a la clase sacerdotal como una de las tres partes honorables del Estado junto con los militares y los jueces-consejeros. Seguramente esté relacionado con su concepción trascendente de la existencia humana y su creencia en la dualidad de mundos –terrenal y celeste– que no era compartida por el estagirita porque no creía en la resurrección del hombre en la vida eterna, ni en la inmortalidad del alma, por lo que sólo existía la realidad tangible y presente. Así, pues, esta diferencia teológica incide en su distinta forma de interpretar la finalidad del hombre en la ciudad.

²⁸¹ Los efectos la tranquilidad pública en una ciudad o un reino son los siguientes: “la convivencia de los ciudadanos y el intercambio de sus obras y el mutuo auxilio y ayuda, y en general, la facultad no impedida desde fuera de llevar a término sus obras propias y comunes, y la participación en los bienes y cargas comunes, según la medida adecuada a cada cual (...) contrarios a esos bienes o a algunos principales, son secuelas de la intranquilidad o la discordia” (*ibidem*, I, 19, §2).

²⁸² *Ibidem*, I, 2, §3.

El fin del hombre y, por tanto, de la ciudad para Aristóteles es eudemonista, es decir, consiste en alcanzar la plena felicidad en este mundo, único existente. Lo que implica la satisfacción de las necesidades físicas y materiales y el cultivo de la virtud. Sin embargo, para pensadores cristianos como Marsilio o Tomás de Aquino la beatitud del alma sólo se puede alcanzar en la vida eterna, ya que este mundo está formado por realidades creadas por Dios que reflejan la perfección divina de manera imperfecta, *ergo*, la felicidad en este mundo es limitada.

Empero, es en la vida terrenal donde por los actos individuales se amerita el acceso a la contemplación de Dios en el mundo celestial. No es misión del legislador imponer a sus ciudadanos los actos virtuosos que abren las puertas del cielo, pues la acción política navega en la racionalidad y no en las creencias. Su fin no es la salvación del alma de los ciudadanos sino el bien común. Sería contraproducente para la paz social y el orden público que la autoridad temporal interpretara la ley divina en orden a su positivización²⁸³. Esta tarea hermenéutica corresponde a la parte sacerdotal: “El fin, pues, sacerdotal es la enseñanza y la información de lo que, según la ley evangélica, es necesario creer, hacer y omitir para conseguir la eterna salvación y huir de la perdición”²⁸⁴.

Marsilio concibe el reino o la ciudad como un organismo vivo. La cabeza es el legislador humano: “Causa eficiente de las partes u oficios de la ciudad”²⁸⁵. La totalidad de los ciudadanos –legislador humano– elige a la parte gobernante –corazón–, que es instrumental o ejecutiva del legislador: tiene el deber de aplicar las leyes y velar coactivamente por su cumplimiento.

²⁸³ “Porque son actos que el legislador no puede regular con la ley humana, de forma que no es competencia de nadie el probar su existencia o su falta, pero no pueden quedar ocultos a Dios, al cual Dios lo imaginaron aquéllos como legislador de aquellas leyes y como preceptos de la observancia de las mismas bajo la amenaza o promesa de premio o pena eterna para los obradores de los actos buenos o malos” (*ibidem*, I, 5, §11).

²⁸⁴ *Ibidem*, I, 6, §8.

²⁸⁵ *Ibidem*, I, 7, §3.

“Porque aunque el legislador, como primera y apropiada causa, es quien ha de determinar por quiénes y cuáles oficios hayan de ejercitarse en la ciudad, la ejecución de los tales, como de las demás cosas legales, es la parte gobernante, la que las prescribe y si es preciso las prohíbe”²⁸⁶.

¿Quién es ciudadano? Otra diferencia sustancial con el estagirita reside en la delimitación subjetiva de la categoría de ciudadano. A pesar de que la condición de *cive* no era predicable de todos los habitantes de la urbe, como veremos más adelante, la titularidad de derechos políticos no estaba vedada al vulgo, a los oficios viles o innobles, por lo tanto podían concurrir a la toma de decisiones políticas, a la formación de la voluntad pública.

La delimitación subjetiva del concepto de ciudadano excluye a los niños, los esclavos, los forasteros y a las mujeres²⁸⁷. Esto no es óbice que impida la calificación democrática del régimen político marsiliano por la razón de que formula un modelo amplio o expansivo de participación política que reconoce derechos de ciudadanía al estamento popular, tradicionalmente preterido de los procesos de toma de decisiones políticas, y lo incorpora a la vida pública en plano de igualdad con los estamentos próceres de la sociedad jerarquizada medieval.

¿Por qué el pueblo es el soberano? La teoría política marsiliana sustenta el principio democrático en los siguientes argumentos:

La primera y principal razón es que la *summa potestas* es “el alma de la totalidad”²⁸⁸; el segundo y el tercero de los motivos están imbricados: garantía de la libertad y de la eficacia de la ley:

“(...) todo ciudadano debe ser libre y no tolerar el *despotismo* de otro, es decir, un dominio servil. Y ello no ocurrirá si la ley la diera alguno o algunos solos con su propia autoridad sobre la universalidad de los ciudadanos;

²⁸⁶ *Ibidem*, I, 15, §4.

²⁸⁷ “Llamo ciudadano (...) a aquél que en la comunidad civil participa del gobierno consultivo o judicial según su grado. Por esta delimitación quedan fuera de la condición de ciudadano los niños, los esclavos, los forasteros y las mujeres (*ibidem*, I, 12, §4).

²⁸⁸ *Ibidem*, I, 15, §7.

dando así la ley serían déspotas de los otros. Y por eso los restantes ciudadanos, es decir, la mayor parte, llevarían pesadamente o de ningún modo la tal ley, por muy buena que fuera, y protestarían de ella víctimas del desprecio y, no convocados a su proclamación, de ningún modo la guardarían. Pero dada con la audición y el consenso de toda la multitud, aun siendo menos útil, fácilmente cualquier ciudadano la guardaría y la toleraría, porque es como si cada cual se la hubiera dado a sí mismo y por ello no le queda gana de protestar contra ella, sino más bien la sobrelleva con buen ánimo”²⁸⁹.

Aristóteles considera que “la buena legislación es, por una parte, obedecer a las leyes establecidas, y, por otra, que las leyes a las que se obedece sean buenas”²⁹⁰. La eficacia de la legislación implica o exige que se obedezca su contenido, lo cual sólo es posible si hay un cumplimiento mayoritariamente espontáneo de las normas, dado que no hay medios para sancionar a todos los infractores. Los ciudadanos tendrán una inclinación natural al acatamiento de las leyes si han participado en su elaboración, si son artífices de las mismas, pues su contenido responderá a su voluntad y fácilmente las cumplirán. Sin embargo, serán renuentes y esquivos a materializar sus disposiciones si son meros sujetos pasivos y receptores de la voluntad de un caudillo o de una asamblea de notables.

“(…) la [ley] dada con la audición y el consenso de toda la multitud, aún siendo menos útil, fácilmente cualquier ciudadano la guardaría y la toleraría, porque es como si cada cual se la hubiera dado a sí mismo y por ello no le queda gana de protestar contra ella, sino más bien la sobrelleva con buen ánimo”²⁹¹.

El cuarto argumento sostiene que el pueblo es la autoridad política que alumbra las mejores leyes porque el conjunto de los ciudadanos está interesado en formular las que procuren el bien común y la utilidad pública:

²⁸⁹ *Ibidem*, I, 12, §6.

La proximidad con el pacto social roussoniano es más que evidente: “Hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede así tan libre como antes” (*El contrato social*, I, 6).

²⁹⁰ *Política*, IV, 1294a.

²⁹¹ *El defensor de la paz*, I, 12, §6.

“La autoridad absolutamente primera de dar o instituir leyes humanas es sólo de aquélla de la que únicamente pueden provenir las leyes óptimas. Ésa es la totalidad de los ciudadanos o su parte prevalente, que representa a la totalidad”²⁹². Cada *cive* es un centinela de la ley al objeto de alertar y denunciar si se desvía en favor de alguna parte o ciudadano.

“(…) toda la multitud atiende más a la utilidad común de la ley, porque nadie se daña a sí mismo a sabiendas. Cada uno podrá ver allí si la ley propuesta se inclina más al bien de alguno o de algunos que al de otros o de la comunidad, y contra eso protestar; lo que no se haría si la ley fuera dada por uno solo o por pocos más atentos a su bien particular que al común”²⁹³.

Marsilio considera que legislar no es estrictamente un saber teórico – ciencia– sino práctico: un arte o una técnica, como la pintura o la escultura, de modo que cualquiera, aunque no sea perito en este saber práctico, puede enjuiciar con solvencia si el resultado es estimable o no. La minoría docta de legistas de la sociedad estará en óptima disposición para redactar leyes, pero no es el mejor juez de su propia obra porque el arte de legislar “exige prudencia, (...) y la prudencia mucha experiencia, y ésta tiempo en abundancia. (...) por eso lo que un solo hombre descubre o puede saber por sí solo, tanto en la ciencia de lo justo y de lo útil en lo civil, como en las otras ciencias, es poco o nada. Y también lo que experimentan y observan los hombres de una época comparado con lo observado en muchas épocas es cosa de poca monta (...). Así, pues, con la ayuda mutua de los hombres y con el sumarse lo descubierto por los posteriores a lo descubierto por los anteriores, adquirieron perfección todas las artes y disciplinas”²⁹⁴.

“Porque aunque no pueda cualquiera ni la mayor parte de los ciudadanos inventar las leyes, puede, sin embargo, cualquiera juzgar de las inventadas y

²⁹² *Ibidem*, I, 12, §5.

²⁹³ *Ibidem*, I, 12, §5.

²⁹⁴ *Ibidem*, I, 11, §3.

las propuestas a él por otro, discernir si algo hay que añadir, quitar o cambiar”²⁹⁵.

La *universitas civium* posee una inteligencia y un entendimiento superior a la de cualquier ciudadano o parte de la ciudad para valorar la perfección o imperfección de una ley: “La multitud reunida de todos ellos, mejor puede discernir y querer lo común, justo y útil que una cualquiera de sus partes, tomada a solas, por muy prudentes que sean sus miembros”²⁹⁶. La prudencia del pueblo le permite advertir lo que hay de pernicioso o perjudicial para la colectividad en una ley y proceder por su propia autoridad a derogarlo e incorporar o adicionar aquello que no prevea pero que beneficie el interés o las aspiraciones de la colectividad: “[La ley es] ojo de muchos ojos, es decir, una comprensión cribada de muchas comprensiones, para evitar el error en los juicios civiles y para juzgar rectamente”²⁹⁷.

“(…) el todo es mayor que la parte, lo que es verdadero, tanto en la magnitud o mole como también en la virtud activa y en la acción. De donde con bastante evidencia se sigue por necesidad que la universalidad de los ciudadanos o multitud prevalente, que se han de tomar como equivalentes, puede discernir sobre lo que se ha de elegir o rechazar, mejor que una cualquiera de sus partes. (...) la mayoría de los ciudadanos ni es mala ni privada de discernimiento (...) porque todos o los más son de buen juicio y razón y de justa apetencia de la vida en sociedad política y de lo necesario para su permanencia y duración, como son las leyes y otros estatutos y costumbres”²⁹⁸.

El quinto argumento se basa en el principio de derecho romano: *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari*. El hombre vive en comunidad con sus semejantes con un fin utilitarista: el bien vivir (Aristóteles); “la suficiencia de la vida” (Padova), que implica la satisfacción de las necesidades fisiológicas, intelectuales y espirituales. Todos están concernidos en alcanzar este objetivo mediante la ley, por lo que la *universitas civium* debe ser el legislador ya que “lo

²⁹⁵ *Ibidem*, I, 13, §3.

²⁹⁶ *Ibidem*, I, 13, §6.

²⁹⁷ *Ibidem*, I, 11, §3.

²⁹⁸ *Ibidem*, I, 13, §2.

que toca a la conveniencia o inconveniencia de todos, por todos debe ser conocido y oído para que puedan alcanzar lo conveniente y rechazar lo opuesto. (...). Porque en ellas [leyes], bien establecidas, consiste gran parte de toda la común suficiencia de vida humana, y en las inicuas la servidumbre, la opresión y la miseria, intolerables para los ciudadanos, de lo que finalmente viene la ruina de la comunidad política”²⁹⁹.

El procedimiento legislativo propuesto por Marsilio en el Capítulo XIII de la Primera parte de *El Defensor de la Paz* está informado por el principio democrático. Su estructura procedimental está inspirada en la realidad política de algunas ciudades del norte de Italia, que ya desde el siglo XII reclamaron su autogobierno para desligarse del poder imperial.

El *iter* procedimental principia con la elección del Consejo de sabios. Es un órgano técnico, colegiado, al que la *universitas civium* le encomienda la tarea de buscar, descubrir y examinar las “reglas, leyes futuras y estatutos de lo justo, útil y nocivo, lo que toca a las cargas comunes y cosas semejantes”, de forma que en esta fase la representación del pueblo es meramente deliberativa o propositiva³⁰⁰. Está formado por varones prudentes y expertos legistas que conocen los principios del Derecho y la técnica legislativa, elegidos por cada una de las partes honorables de la ciudad –sacerdotal, militar y judicial– en proporción a su número, o por el pueblo soberano. La universalización del acceso al Consejo que ofrece esta segunda opción favorece el interés general de la ciudad, ya que la cuota de prudentes no va a estar formada *a priori* por miembros de las partes próceres de la ciudad sino que está abierta a cualquier ciudadano docto.

La prudencia no es una virtud ajena a los agricultores, artesanos y ganaderos, al contrario, la experiencia –embrión de la prudencia– de estos

²⁹⁹ *Ibidem*, I, 12, §7.

³⁰⁰ Nótese la similitud de este planteamiento con la concepción roussoniana y jacobina del legislador o parlamento. Cfr. el Capítulo IV de esta Tesis.

ciudadanos, especialmente los de edad provecta que han alcanzado un conocimiento de lo justo y lo útil en las relaciones sociales por vía de la práctica, puede complementar los conocimientos teóricos de los miembros honorables de la ciudad.

“(…) se encomiende [la redacción de las leyes] a los prudentes y expertos por la totalidad de los ciudadanos, de modo que, o bien separadamente, por cada una de las primeras partes de la ciudad (…) según la proporción de cada una, se elijan algunos, o bien por todos los ciudadanos congregados conjuntamente se seleccionen los varones expertos y prudentes predichos. Y éste será el modo conveniente y útil de congregarse para la invención de la ley sin hacer agravio a la restante multitud, a saber, de los menos doctos, que aprovecharía poco en el buscar esas reglas y sería perturbada en sus otros trabajos necesarios para sí y para los demás, lo que resultaría oneroso tanto para los particulares como para el común”³⁰¹.

Una vez elaborado el proyecto de ley por el cuerpo de doctos, debe ser expuesto públicamente ante la asamblea de ciudadanos para deliberar sobre el mismo en orden a proceder a su perfeccionamiento mediante la adición, supresión o modificación de preceptos o, incluso, a reprobalo *in toto*. En efecto, cualquiera de los presentes está legitimado para proponer enmiendas totales o parciales al texto jurídico, que serán sometidas a votación y, aunque Marsilio no concreta la mayoría necesaria para su adopción, podemos aventurar que es coherente con el principio democrático que inspira su doctrina política requerir mayoría simple para las enmiendas parciales y absoluta para las totales.

El objetivo de la deliberación asamblearia es asegurar la mayor adhesión posible a la ley con el fin de que sea eficaz. Los ciudadanos cumplirán espontáneamente una norma si la consideran propia, dictada por ellos mismos. Para ello, los ciudadanos deben tomar conocimiento de la ley que se pretende aprobar y tener el derecho a participar activamente en su gestación.

³⁰¹*El defensor de la paz*, I, 13, §8.

“Pero encontradas y diligentemente examinadas tales reglas, futuras leyes, deben ser propuestas en la asamblea de todos los ciudadanos reunidos para su aprobación o reprobación, de forma que si alguno de ellos le pareciere que hay algo que añadir, quitar, mudar o totalmente reprobear, pueda decirlo, porque por aquí podrá la ley más útilmente ordenarse. Pues, como hemos dicho, pueden los ciudadanos menos instruidos percibir alguna vez algo que corregir en la ley propuesta, bien que ellos fueran incapaces de descubrirla, porque así, dadas con la auscultación y consenso de la universal multitud, mejor se observarán y nadie podrá protestar contra ellas”³⁰².

Una vez precluido el plazo de enmiendas al proyecto, se procede a la aprobación o no de las mismas por el pueblo, por la Parte prevalente o el Consejo de sabios, si el pueblo les confiere una representación popular de naturaleza decisoria en la esfera legislativa. El Consejo estará formado por los mismos miembros, si son ratificados por el soberano, o puede revocar a los que considere ineptos para el cargo y sustituirlos por otros elegidos por las partes honorables de la ciudad o por el pueblo. Éste es el acto político central del procedimiento legislativo, del que resultará el texto definitivo de la ley.

Finalmente, la misma autoridad realiza el acto formal de su proclamación para público conocimiento. Con la aprobación y proclamación el legislador confiere el carácter coactivo a la ley, de manera que todos quedan obligados a su cumplimiento bajo sanción, sin poder alegar desconocimiento para justificar su incumplimiento.

“Hechas así públicas las reglas, leyes futuras, en la asamblea general, y oídos los ciudadanos que razonablemente quisieran decir algo sobre ellas, se habrán de elegir de nuevo varones de la condición y según el modo que dijimos, o confirmar los predichos, los cuales representando las veces y la autoridad de la totalidad de los ciudadanos, aprobarán o desaprobarán en todo o en parte las sobredichas reglas elaboradas y propuestas; o bien hará esto mismo, si lo quiere, la asamblea general de los ciudadanos por junto o su parte prevalente. Y ya después de esta aprobación las dichas reglas son leyes y merecen llamarse así, no antes; y ellas, después de su aprobación y

³⁰² *Ibidem*, I, 13, §8.

proclamación, son las solas que entre los preceptos humanos, obligan a los transgresores bajo culpa y pena civil”³⁰³.

¿Qué es la Parte prevalente? La representación política en la teoría organicista del Estado se fundamenta en la idea de que los ciudadanos son las células del cuerpo político que le insuflan vida para que procure la felicidad del organismo. Lo que implica la preterición de los intereses particulares para asegurar el bienestar de la totalidad de los ciudadanos que comparten el mismo objetivo: el bien común.

Todos empujan en una misma dirección –unidad de acción– porque los intereses privados son postergados en beneficio de los generales. Los representantes hacen presente al conjunto de los miembros del cuerpo y también el interés general compartido por la *universitas civium*. El logro o éxito de la misión –bien común– está más próximo si es impulsada por un grupo de ciudadanos, que por medio de leyes conducen al cuerpo en la dirección que todos comparten.

En el esquema teórico marsiliano la Parte prevalente representa al pueblo, pero no es una representación democrática sino oligárquica. La *universitas civium* no elige directamente a las personas singulares que integran esta institución política, sino que primero selecciona un grupo de la ciudad perteneciente a la parte honorable o a la vulgar.

La determinación de la Parte prevalente exige un juicio racional previo por parte de la asamblea de ciudadanos que conjugue dos parámetros: el cuantitativo y el cualitativo –“atendida la calidad y la cantidad de las personas en aquella comunidad”³⁰⁴–, al objeto de decidir qué parte o grupo de ciudadanos tiene una mayor preponderancia, dominio o impronta social. Una vez acordado esto, la asamblea procederá bien a elegir a los ciudadanos más

³⁰³ *Ibidem*, I, 13, §8.

³⁰⁴ *Ibidem*, I, 12, §3.

competentes de ese segmento poblacional o determinará que todos integren la Parte prevalente en orden a representar a la *universitas civium*.

Este parlamento oligárquico es una institución que tiene por objeto reducir la complejidad en la adopción de decisiones políticas y afinar el juicio sobre los asuntos públicos “porque no es fácil o no es posible venir todas las personas a un parecer, por ser la naturaleza de algunos tarda de nacimiento, o desentonar por malicia o ignorancia personal de la común opinión, por cuya irracional contestación u oposición no debe impedirse u omitirse lo útil a todos”³⁰⁵.

¿Puede el pueblo revocar el mandato representativo de los miembros de la Parte prevalente o del Consejo de sabios? Marsilio no responde directamente a esta cuestión, pero una exégesis sistemática de su obra nos permite afirmar que la revocación es una institución implícita en su teoría del Estado.

La *universitas civium* es el soberano, es el sujeto político titular de los poderes ingénitos a la soberanía. El pueblo-legislador puede ejercer *per se* el poder legislativo o dictar un acto jurídico-político (mandato representativo), en virtud del cual se lo concede a un órgano popular para que en representación suya lo ejerza. No es una transferencia o alienación ni una renuncia a la titularidad o al ejercicio del poder legislativo, sino una concesión, delegación o comisión.

Así, pues, como la titularidad del poder legislativo la retiene el pueblo soberano a pesar de haber recurrido a la institución representativa, ello implica que no es nuda, sino que lleva aparejada facultades de control sobre la delegación o concesión realizada, lo que le habilita a revocarla cuando haya

³⁰⁵ *Ibidem*, I, 12, §5.

habido una pérdida de confianza y considere que los intereses generales estarán mejor preservados por otras personas.

3.3. El gobierno

La *universitas civium* tiene un papel protagónico en el modelo de Estado preconizado por Marsilio. Así, además de ser la causa eficiente de la primera parte de la ciudad –el legislador– lo es de la segunda –el gobernante–: “el poder eficiente de instituir el gobierno o de su elección pertenece al legislador, o sea, a la totalidad de los ciudadanos (...) y también la corrección del gobierno y aún cualquier deposición, si ello fuera conducente al bien común”³⁰⁶ y de las demás partes y oficios de la ciudad: “(...) ha de determinar por quiénes y cuáles oficios hayan de determinarse en la ciudad”³⁰⁷. Finalmente, Marsilio establece una cláusula de cierre con el objeto de fortalecer la posición institucional del pueblo, resolver cualquier duda que se pueda cernir en el futuro político de la ciudad o el reino y subrayar el carácter laico y racional del poder temporal: “(...) por la misma autoridad primera, no otra, deben las leyes, y cualquiera otra cosa instituida por elección, recibir la aprobación necesaria, sea lo que sea de las ceremonias o solemnidades, que no se requiere para el ser de los elegidos, sino para su bien ser, el cual ceremonial, si se omitiere, no sería por ello menos válida la elección”³⁰⁸.

Mientras que la titularidad del poder legislativo siempre reside en la *universitas civium* la del poder ejecutivo, que comprende funciones gubernativas y judiciales, se localiza en el legislador. Así, pues, en principio, podría encargarse el pueblo, la Parte prevalente o el Consejo de sabios.

³⁰⁶ *Ibidem*, I, 15, §2.

³⁰⁷ *Ibidem*, I, 15, §4.

³⁰⁸ *Ibidem*, I, 12, §3.

Sin embargo, interpretando sistemáticamente los Capítulos IX y XV de la Primera parte de *El Defensor de la Paz*, concluimos que, a efecto de señalar el titular de este poder público, Marsilio identifica al legislador con la totalidad de los ciudadanos, excluyendo por tanto de la facultad de elegir, revocar y conceder el poder ejecutivo a la Parte prevalente y al Consejo de sabios, porque son instituciones representativas cuya autoridad no es autógena, como la del pueblo, sino heterógena y, por tanto, limitada y circunscrita al mandato concedido por el pueblo. De manera que su autoridad no les habilita para nombrar al gobierno, sólo podrían ejercer esa facultad si se la delega expresamente la *universitas civium*.

“(…) el poder eficiente de instituir el gobierno o de su elección pertenece al legislador, o sea, a la totalidad de los ciudadanos (…) pertenece el poder de dar leyes y también convenir a la misma la corrección del gobierno y aun la deposición, si ello fuere conducente al bien común”³⁰⁹.

El gobernante es elegido y recibe el derecho a ejercer el poder ejecutivo y judicial del pueblo en virtud de un acto político concesivo, de forma que es un representante del soberano, cuyas facultades tienen el alcance que éste determine y son ejercidas a título de precario, de modo que puede ser revocado por la totalidad de los ciudadanos.

“Es, en efecto, más hacedera la ejecución de lo legal por ella [parte gobernante] que por la multitud de los ciudadanos, porque para eso basta uno o pocos gobernantes, en lo que en vano se ocuparía la universalidad de la comunidad, que se vería distraída de otras labores necesarias. Y que haciéndolo aquéllos lo hace toda la comunidad, porque lo hacen los gobernantes de acuerdo con la determinación de la comunidad, a saber, la determinación legal, y con pocos o uno solo es más fácil la ejecución de lo legal”³¹⁰.

El gobernante puede proceder de cualquier parte de la ciudad siempre que sea prudente y justo y que cultive la equidad³¹¹. El gobierno de la ciudad

³⁰⁹ *Ibidem*, I, 15, §2.

³¹⁰ *Ibidem*, I, 15, §4.

³¹¹ Cfr. *ibidem*, I, 14, §2 y §3.

sería despótico si no estuviera mediatizado por la ley, aprobada por el legislador, y, por tanto, sujeto a sanciones en caso de incumplimiento. ¿Quién es el encargado de juzgar al gobierno? “El legislador o por alguno o algunos constituidos en autoridad para ello por el legislador”³¹². En este caso por legislador hay que entender la totalidad de los ciudadanos porque el soberano es el único que puede conceder la autoridad a una persona o grupo para ejercer por delegación una atribución originaria del cuerpo soberano, como es la administración de justicia. Hay un pasaje en *El defensor menor* que nos ilustra sobre en qué ciudadanos puede el legislador confiar la función de juzgar al gobierno.

“El poder y la autoridad para castigar a los gobernantes negligentes o que actúen indebidamente, con la imposición de una pena sobre sus bienes o su persona, pertenece sólo al legislador humano (...). Y digo, además, que si tal castigo a los gobernantes fuera propio de alguna parte u oficio particular de la ciudad, no correspondería, de ninguna manera, a los sacerdotes, sino a los hombres sabios o ilustrados e incluso, mejor aún, a los herreros o a los peleteros y demás artesanos. En efecto, a éstos no le está prohibido por la razón o por la ley humana, ni por la Sagrada Escritura, por consejo o por precepto, implicarse en actos civiles o de este mundo. Pero a los obispos y a los sacerdotes, sí”³¹³.

El gobernante tiene la obligación de aplicar las leyes vigentes; juzgar las causas conforme a las normas jurídicas (principio de legalidad); ejecutar lo juzgado, sirviéndose en caso necesario de la fuerza³¹⁴ y adoptar prudentemente todas aquellas decisiones que requiera o exija la ciudad, aunque no haya una ley que regule o indique el sentido de la determinación porque la casuística es profusa y concreta y las leyes son limitadas en cuanto a su número y generales y abstractas en cuanto a su contenido.

³¹² *Ibidem*, I, 18, §3.

³¹³ *El defensor menor*, II.

³¹⁴ Cfr. *El defensor de la paz*, I, 11.

CAPÍTULO TERCERO

LA LEGITIMIDAD POPULAR DEL PODER POLÍTICO (II): LA DOCTRINA CATÓLICA DEL CONTRATO SOCIAL

SUMARIO. 1. Aristóteles. 2. Santo Tomás de Aquino. 3. La Escuela de Salamanca.

1. Aristóteles

El redescubrimiento y la recepción de la teoría política aristotélica a mediados del siglo XIII en Europa constituyó un punto de inflexión en la Historia del pensamiento político Occidental.

Hay dos principios basilares de la *Política* del estagirita que cimentaron la teoría democrática o ascendente de poder, a saber, la dualidad ciudadano-hombre y la cosmovisión naturalista.

Aristóteles diferencia nítidamente las categorías de ciudadano y hombre, son dos dimensiones de la persona perfectamente deslindadas. El ciudadano virtuoso es aquél que cumple con las funciones públicas que le encomienda la autoridad legítima, acata las leyes que rigen la ciudad y las órdenes de sus superiores³¹⁵. No obstante, las exigencias que debe cumplir un

³¹⁵ “(...) la virtud de un ciudadano digno parece que es el ser capaz de mandar y de obedecer bien” (*Política*, 1277a).

hombre para ser considerado *bueno* vienen determinadas por un código ético-religioso atemporal y perenne, cuya fuente material no es el soberano sino la divinidad y no tiene por qué corresponderse o incluso puede contravenir en todo o en parte el ordenamiento político-jurídico de la ciudad.

“(…) aunque sean desiguales [los ciudadanos], su tarea es la seguridad de la comunidad, y la comunidad es el régimen. Por tanto, si hay varias formas de régimen, es evidente que no puede haber una virtud perfecta única del buen ciudadano. En cambio afirmamos que el hombre de bien lo es conforme a una única virtud perfecta. Así que es claro que se puede ser buen ciudadano sin poseer la virtud por la cual el hombre es bueno”³¹⁶.

Esta dicotomía aristotélica fue aducida por los preceptistas medievales contrarios al régimen hierocrático como argumento definitivo para resquebrajar la tradicional concepción unidimensional y totalitaria de la persona, concebida exclusivamente como creyente, y sentar las bases para la separación Iglesia-Estado. En efecto, la ruptura de la concepción unitaria del ser humano como cristiano propició que “el hombre pudiera ser considerado bajo diferentes aspectos: además del hombre (en sentido ético) existía el hombre político (ciudadano), así como también en un horizonte no muy lejano, aparecerían el religioso, el económico, junto con otros postulados capaces de orientar la actividad del individuo. Se negaba tanto la totalidad del hombre como la del cristiano. Comienza a percibirse el espectro de la atomización y la separación de las actividades del hombre, y con ello la sujeción de este a diferentes juegos de normas”³¹⁷.

El factor o elemento naturalista atraviesa todo el pensamiento de Aristóteles. ¿Quién es el creador o artífice de la naturaleza? dios, pero no es el Dios personal del cristianismo, sino la causa primera, necesaria, inmutable e inmaterial del mundo que se desvincula de los seres creados. No interviene en

³¹⁶ *Ibidem*, 1276b.

³¹⁷ ULLMANN, W., *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, p. 253.

la vida del hombre, ni espera tenerlo en su compañía en el mundo celestial porque no existe, no hay más que una realidad: la presente y actual.

¿Qué es la naturaleza de un viviente o de una cosa? “La naturaleza es fin. En efecto, lo que cada cosa es, una vez cumplido su desarrollo, decimos que es su naturaleza, así de un hombre, de un caballo o de una casa. Además, aquello por lo que existe algo y su fin es lo mejor, y la autosuficiencia es, a la vez, un fin y lo mejor”³¹⁸.

Así, pues, la naturaleza del hombre contiene todos los elementos para procurar su fin, que no es otro que “el vivir bien”³¹⁹. La naturaleza no dotó al ser humano de una fisonomía que le permita satisfacer sus necesidades por sí mismo, como sí ocurre en otras especies del reino animal y vegetal. Sin embargo, le concedió unos atributos antropológicos únicos entre los seres vivientes, a saber, la razón, la voluntad y el lenguaje, que le inclinaron a la sociabilidad al objeto de subsistir en el medio hostil que le circundaba.

Las inclinaciones o propensiones naturales del hombre insertas en su naturaleza son descubiertas y mediatizadas por la razón, que las hace evidentes y necesarias, de forma que su voluntad es racional. Al contrario que los demás seres vivientes en los que los instintos o mandatos naturales no son modulados por la razón sino que determinan directamente su conducta cotidiana.

El hombre es un ser social por imperativo natural, lo que significa que si no se asocia con sus congéneres muere de inanición o por el ataque de las bestias. Sin embargo, no sólo es el nudo interés –egoísmo– lo que propicia o estimula la vida en común, la existencia del hombre sería inviable si no

³¹⁸ *Política*, 1252b y 1253a.

³¹⁹ *Ibidem*, 1252b.

estuviera ligado a sus semejantes por la amistad: “Todo es obra de la amistad, pues la elección de la vida en común supone amistad”³²⁰.

La causa final del ciudadano es la felicidad, que implica no sólo la satisfacción de las necesidades vitales –exigencia común a los otros vivientes–, sino también y especialmente, en tanto que nos singulariza, cultivar las virtudes éticas: templanza, fortaleza y justicia; y dianoéticas: sabiduría y prudencia.

Como el hombre no puede *per se* procurarse este estado de beatitud lo primero que hace es unirse con la mujer para garantizar la supervivencia de la especie y con ella la suya, recordemos que Cicerón define el matrimonio como “semillero de la república”³²¹. Así, pues, la familia es la célula o embrión del Estado, el primer ámbito natural de socialización del ser humano.

Cuando la familia crece tienen que construirse más casas, cuyo conjunto se denominó aldea o poblado: asociación de familias ligadas por vínculos de consanguinidad o afectividad. La alianza de varias aldeas, promovida por los mismos intereses, alumbró la ciudad: “Una ciudad es la comunidad de familias y aldeas para una vida perfecta y autosuficiente, y ésta es, según decimos, la vida feliz y plena”³²².

“(…) el hombre es por naturaleza un ser político, por eso, aun sin tener necesidad de ayuda recíproca, los hombres tienden a la convivencia. No obstante, también la utilidad común los une, en la medida en que a cada uno le impulsa la participación en el bienestar. Éste es, efectivamente, el fin principal, tanto de todos en común como aisladamente. Pero también se reúnen por el mero vivir, y constituyen la comunidad política. Pues quizás en el mero hecho de vivir hay una cierta parte del bien, si en la vida no predominan en exceso las penalidades. Es evidente que la mayoría de los hombres soportan muchos sufrimientos por su vivo deseo de vivir, como si en el vivir hubiera una cierta felicidad y dulzura natural”³²³.

³²⁰ *Ibidem*, 1280b.

³²¹ CICERÓN, *Sobre los deberes*, I.

³²² *Política*, 1281a.

³²³ *Ibidem*, 1278b.

Como vemos, la ciudad no nace de un contrato entre individuos que poseen una parte alícuota de la soberanía, sino que es un organismo connatural al ser humano, arraigado en su naturaleza, al que da vida el hombre ante su incapacidad para lograr su vocación ingénita de felicidad, de modo que comparte el fin humano al que pretende conducir al hombre por medio de leyes naturales.

“(…) la ciudad no es una comunidad de lugar para impedir injusticias recíprocas y con vistas a un intercambio. Estas cosas, sin duda, se dan necesariamente si existe la ciudad, pero no porque se den todas ellas hay ciudad, sino que ésta es una comunidad de casas y familias para vivir bien, con el fin de una vida perfecta y autárquica”³²⁴.

La ciudad es un organismo vivo resultado final de la asociación del hombre en diversas comunidades. El poder político reside en la totalidad unitaria y articulada del cuerpo social. No hay una atomización de la sociedad sino que es un bloque compacto formado de diversos estratos o partes que actúan de consuno en la misma dirección para lograr el fin que le es propio.

Los miembros del cuerpo social son prescindibles porque sus funciones pueden ser realizadas por otros o en caso extremo dejar de hacerse y el organismo continuar con vida, como ocurre con el ser humano que puede perder alguna extremidad y conservar el vigor. No ocurre lo mismo a la inversa si fenece el cuerpo también lo hacen sus miembros. De esta analogía, característica de la teoría organicista del Estado, se infiere su principio básico: el todo –la comunidad política– es anterior a la parte (hombre):

“Por naturaleza, pues, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte. En efecto, destruido el todo, ya no habrá ni pie ni mano, a no ser con nombre equívoco, como se puede decir una mano de piedra: pues tal será una mano muerta”³²⁵.

³²⁴ *Ibidem*, 1280 b.

³²⁵ *Ibidem*, 1252 b.

La ciudad es una criatura viviente formada por diversos grupos humanos, cuyo objetivo común sería estéril si no se instituyese un poder que por medio de la ley regulara el comportamiento social y garantizara la resolución pacífica de las controversias. Aristóteles exige que la autoridad legítima apruebe leyes justas en orden a que los ciudadanos se ejerciten en las buenas acciones y cultiven la virtud cívica: la justicia, porque “es un valor cívico, es el orden de la comunidad civil, y la virtud de la justicia es el discernimiento de lo justo”³²⁶.

“(…) todos los que se preocupan por una buena legislación indagan sobre la virtud y la maldad cívicas. Así es evidente que para la ciudad que verdaderamente sea considerada tal, y no sólo de nombre, debe ser objeto de preocupación la virtud, pues si no la comunidad se reduce a una alianza militar que sólo se diferencia especialmente de aquellas alianzas cuyos aliados son lejanos, y la ley resulta un convenio y, como dijo Licofrón el sofista, una garantía de los derechos de unos y otros, pero no es capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos”³²⁷.

La autoridad no es contingente por lo que no puede ser fruto del contrato o pacto social, sino que es connatural a toda asociación humana, empezando por el padre de familia y concluyendo con las instituciones políticas de la ciudad-estado: “La constitución es la estructura que da orden a la ciudad estableciendo el funcionamiento de todos los cargos y sobre todo de la autoridad soberana”³²⁸.

³²⁶ *Ibidem*, 1253a.

“Pues así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos”(*ibidem*, 1253a).

³²⁷ *Ibidem*, 1280b.

³²⁸ *Ibidem*, 1278b.

2. Santo Tomás de Aquino

El Aquinate formula una teoría política organicista³²⁹. Comparte con el estagirita el origen natural de la sociedad³³⁰ y del Estado³³¹, pero difieren claramente en cuanto a la causa primera y a la existencia del mundo celestial. En efecto, para el Santo Doctor el Dios creador de la Naturaleza es el propio del cristianismo: un Dios personal que interviene en la vida del hombre y que quiere la salvación de su alma en la vida eterna.

“La sociedad y el Estado constituyen una dimensión ontológica del ser humano, son algo fundado y ahincado en la más íntima entraña del hombre, nada ajeno a él. De esta suerte, el Estado constituye un producto de la naturaleza, no en el sentido de algo causado directamente por ella, sino de algo que hacen los hombres en virtud de los más hondos y consustanciales impulsos de su ser; y puesto que todo lo que es natural procede de Dios, el Estado es en definitiva obra divina. Lo cual no significa, claro está, la afirmación de un acto de la voluntad divina directamente encaminado a la fundación del Estado. Pues Dios interviene en el orden natural, al que, en definitiva, corresponde el Estado, actuando mediante causas secundarias, no como *Deus ex machina*. Con respecto al Estado, estas *causae secundae* son, ante todo, las acciones humanas, y a ellas es a lo que tiene que tender una teoría del Estado”³³².

³²⁹ “(...) todos los hombres que nacen de Adán pueden considerarse como un único hombre, en cuanto convienen en la naturaleza que reciben del primer hombre, al modo que en el derecho civil todos los que son de una comunidad se consideran como un cuerpo, y la comunidad entera como un hombre (*Suma Teológica*, I-II, q. 81, a.1).

³³⁰ “Pero es propio al hombre el ser animal social y político, que vive entre la muchedumbre, más que todos los otros animales; lo cual declaran las necesidades que naturalmente tiene. Porque a ellos la naturaleza les preparó el mantenimiento, el vestido de sus pelos, la defensa de sus dientes, cuernos y uñas, o a lo menos la velocidad para huir, y el hombre, empero, no recibió de la naturaleza ninguna de estas cosas, mas en su lugar le fue dada la razón; para que mediante ella, con el trabajo de sus manos, lo pudiese buscar todo; a lo cual un hombre solo no basta, porque de por sí no puede pasar la vida suficientemente; y así, decimos que es natural vivir en compañía de muchos” (*Del gobierno de los príncipes*, I, 1).

³³¹ “Pues siendo natural al hombre el vivir en compañía de muchos, necesario es que haya entre ellos quien rija esta muchedumbre; porque donde hubiese muchos, si cada uno procurase para sí sólo lo que le estoviese bien, la muchedumbre se desuniría en diferentes partes, si no hubiese alguno que tratase de lo que pertenece al bien común; así como el cuerpo del hombre y de cualquier animal vendría a deshacerse si no hubiese en él alguna virtud regitiva, que acudiese al bien común de todos los miembros; y así dijo Salomón: “Donde no hay Gobernador, el pueblo se disipará” (*ibidem*, I, 1).

³³² GALÁN GUTIÉRREZ, E., *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, 1945, p. 13.

La teoría del Estado de Aristóteles y de Tomás de Aquino está reñida con la contractualista porque su principio fundante es la naturaleza humana y no la voluntad. El poder político es fruto de un impulso o una exigencia natural del hombre que no puede amortiguar. Sin embargo, como el ser humano es un viviente racional “la obra de este impulso puede y debe ser racionalizada, es decir, voluntariamente querida, libremente determinada, asistida de un espontáneo consentimiento”³³³.

Estos preceptistas no consideran el contrato social como fuente o fundamento de la sociedad y del Estado ya que eso equivaldría a reconocer su carácter contingente, pero la sociedad política no puede no ser, lo cual no es óbice para admitir que necesariamente tiene que haber un “tácito consentimiento común manifestado a través de actos cooperativos, no tanto por un pacto formal expreso”³³⁴.

“Para la posición individualista, el Estado debe íntegramente su existencia y su ser al contrato social, convenido entre los individuos; al albedrío de éstos corresponde la fundación o no del Estado; todo lo que el Estado es, deriva de los individuos; de modo que el contrato constituye el fundamento constitutivo del Estado. Desde el punto de vista tomista, en cambio, el Estado debe su existencia a un impulso fundamental de la naturaleza humana y no es, por tanto, arbitrio del hombre fundarlo o no. Pero como el Estado es un ser racional y libre, la obra de ese impulso social y político del hombre debe ser racionalizada, voluntariamente querida, libremente determinada, asistida de un espontáneo consentimiento. El Estado debe tener el sentido de un hecho voluntario, de una coincidencia de voluntad, de un convenio o contrato. Es decir, que mientras para la posición individualista el contrato significa el fundamento constitutivo del Estado, desde el punto de vista tomista vale únicamente como un canon o un principio regulativo de él”³³⁵.

La teoría política del Santo Doctor parte del reconocimiento de la existencia de Dios, concebido como el Ser Supremo que crea al hombre –

³³³ *Ibidem*, p. 13.

³³⁴ *Ibidem*, p. 14.

³³⁵ *Ibidem*, p. 87.

*imago Dei*³³⁶– y al resto de la Naturaleza. Todo poder o dominio humano proviene del Altísimo “porque como todo lo que tiene ser depende del primer ser, que es la causa primera, de la misma manera cualquier señorío de la criatura depende de Dios, como del primer Señor y primer Ser”³³⁷.

Las potestades temporal y espiritual proceden de Dios³³⁸: “*Nulla potestas nisi a Deo*”³³⁹. El Aquinate asume la distinción aristotélica entre ciudadano y hombre que abona la separación de la Iglesia –*corpus mysticum*–, regido por un determinado código normativo-religioso y el Estado –*corpus politicum et moral*–, regulado por un ordenamiento civil. Sin embargo, como los fines del Estado y los de la Iglesia no son disonantes sino convergentes, ambas instituciones no son plenamente independientes, sino que hay una subordinación de la esfera temporal respecto a la espiritual en atención al mayor valor del fin sobrenatural encomendado a la Iglesia, que incluso la legitima para injerir en la esfera terrenal siempre que se justifique en atención a la salvación del hombre.

“La potestad espiritual y la temporal derivan ambas del poder divino. De consiguiente, la potestad secular, en tanto está subordinada a la espiritual en cuanto así ha sido impuesto por Dios, a saber, en lo que atañe a la salvación del alma. En asuntos espirituales, pues, se debe mayor obediencia a la potestad espiritual que a la temporal. Pero en la esfera política propiamente dicha se debe mayor obediencia a la potestad secular que a la espiritual”³⁴⁰.

³³⁶ Cfr. Gn 1, 26-27 y 5, 1-3 y *Suma Teológica*, Ia, q. 93.

³³⁷ *Del gobierno de los príncipes*, III, 1.

³³⁸ “Es pues conveniente, que el Rey espere el premio de la mano de Dios, porque el ministro espera de su Señor el premio de su oficio, y el Rey, gobernando el pueblo, es ministro de Dios, pues dice el Apóstol a los romanos que toda potestad viene del Señor Dios, y que «es ministro que castiga airado al que hace mal»; y en el libro de la Sabiduría se ponen los reyes por ministros de Dios; y así de su mano deben los reyes esperar el premio por el buen gobierno” (*ibidem*, I, 8).

³³⁹ *Romanos*, 13, 1.

³⁴⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Comentarios a cuatro de los libros sentenciaros de Pedro Lombardo*, II, 44, 2, 4.

¿Cuál es el fin del Estado? El bien común, ¿y el de la Iglesia? el fin último del hombre: la bienaventuranza³⁴¹, “la adquisición del bien perfecto”³⁴²: “Dios, el único que con su bondad infinita puede llenar perfectamente la voluntad del hombre”³⁴³. Por tanto, “la bienaventuranza última y perfecta sólo puede estar en la visión de la esencia divina”³⁴⁴ en la vida eterna, donde se producirá la unión dilecta del alma salvada con Dios, fuente inagotable de plenitud y beatitud.

El poder público coadyuva en la consecución del auténtico objetivo de la vida del hombre: la salvación eterna, ¿cómo? Favoreciendo o promoviendo que observe una vida virtuosa que abra su espíritu a la contemplación de Dios. La autoridad pública tiene la obligación de servirse del Derecho para fijar un *minimum ético* en la sociedad, proscribiendo las conductas más nocivas para la convivencia social en orden a que los ciudadanos vivan conforme al bien.

“Ahora bien, la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquéllos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”³⁴⁵.

“Puesto que el fin de la vida, por el que vivimos rectamente en el presente, es la felicidad celestial, es propio del oficio del rey procurar que la sociedad viva rectamente, de tal modo que sea compatible con la

³⁴¹ “Es imposible que la bienaventuranza del hombre esté en algún bien creado. Porque la bienaventuranza es el bien perfecto que calma totalmente el apetito, de lo contrario no sería fin último si aún quedara algo apetecible. Pero el objeto de la voluntad, que es el apetito humano, es el bien universal. Por eso está claro que sólo el bien universal puede calmar la voluntad del hombre. Ahora bien, esto no se encuentra en algo creado, sino sólo en Dios, porque toda criatura tiene una bondad participada. Por tanto, sólo Dios puede llenar la voluntad del hombre (...). Luego la bienaventuranza del hombre consiste en Dios solo” (*Suma Teológica*, I-IIae, q.2, a.8).

³⁴² *Ibidem*, I-IIae, q.5, a.1.

³⁴³ *Ibidem*, I-IIae, q.3, a.1.

³⁴⁴ *Ibidem*, I-IIae, q.3, a.8.

³⁴⁵ *Ibidem*, I-IIae, q.96, a.2.

consecución de la felicidad celestial: es decir, debe ordenar lo que lleva a la felicidad celestial y prohibir, en la medida en que sea posible”³⁴⁶.

La finalidad de la Iglesia no se materializa en este mundo terrenal sino en el celestial, al cual sólo se tiene acceso por medio de una vida virtuosa, por lo que debe concienciar y enseñar a los hombres el cultivo de la virtud por medio de la fijación de reglas de comportamiento más exigentes que las del poder temporal³⁴⁷.

Como la meta a la que ha de conducir al hombre es superior a la del Estado, Santo Tomás asevera que la Iglesia está revestida de una potestad indirecta sobre los asuntos mundanos, lo que implica “el derecho a corregir situaciones, ordenamientos o actos del poder político, en cuanto así vengan reclamados por fines espirituales, esto es desde el punto de vista de la salvación de la almas”³⁴⁸.

El poder público es una facultad natural que nace de las entrañas de la sociedad. Su causa eficiente es la naturaleza humana, su condición de viviente político y social; pero la causa remota es Dios porque todo lo que hay en la Naturaleza ha sido creado por Él. Así, pues, el prístino origen de la *suprema potestas* se encuentra en Dios³⁴⁹ que se la transfirió a la comunidad en orden a instaurar el bien común. Así, pues, la titularidad del poder político

³⁴⁶ *Del gobierno de los príncipes*, I, 15.

³⁴⁷ “El camino que conduce a la verdadera felicidad y los obstáculos que a ella se oponen, se conocen merced a la ley divina, cuya enseñanza pertenece al oficio de los sacerdotes” (*ibidem*, I, 15).

³⁴⁸ GALÁN GUTIÉRREZ, E., *op. cit.*, pp. 71 y 72.

³⁴⁹ “«No hay potestad que no venga de Dios. ¿Qué dices? ¿Luego todo Príncipe ha sido constituido tal por Dios? No digo esto. No hablo en particular de ningún Príncipe sino de la cosa misma, afirmando que es obra de la sabiduría divina la existencia de los principados y el que todas las cosas no estén entregadas a temerario acaso». Por eso no se dice «no hay Príncipe que de Dios no provenga», sino que se dice «no hay potestad que de Dios no proceda»” (San Juan Crisóstomo en su Homilía 23 sobre esta Epístola de San Pablo, citado por CORTS GRAU, J., “El Padre Francisco Suárez y la sociedad y autoridad civiles”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 79, N° 156, Madrid, 1930, p. 513).

corresponde al cuerpo social –la totalidad de los ciudadanos– por derecho natural, es decir, por derecho divino.

“La ley propiamente dicha tiene por objeto primero y principal el orden al bien común. Pero ordenar algo al bien común corresponde, ya sea a todo el pueblo, ya a alguien que haga sus veces. Por tanto, la institución de la ley pertenece, bien a todo el pueblo, bien a la persona pública que tiene el cuidado del mismo. Porque también en cualquier otro ámbito de cosas el ordenar a un fin compete a aquél de quien es propio este fin”³⁵⁰.

El ser humano está subordinado a Dios pero supraordenado a todos los demás entes. El Aquinate supedita el poder público a la sociedad, de modo que aquél no es más que un instrumento o medio natural de ésta para hacer realidad su fin genético: el bien común, a través de la elaboración de leyes justas³⁵¹.

La titularidad de los poderes públicos pertenece al pueblo, empero, la forma de ejercicio de los mismos depende de la voluntad de los ciudadanos. Lo que permite al Santo Doctor ofrecer una tipología de las formas de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia.

El ejercicio del poder por uno solo, por una élite social o por muchos –incluso todos– se materializa legítimamente por medio de la institución de la representación política³⁵². Requiere una *translatio imperii* –acto político de

³⁵⁰ *Suma Teológica*, I-IIae, q.90, a.3.

³⁵¹ “Las leyes dadas por el hombre, o son justas, o son injustas. En el primer caso tienen poder de obligar en conciencia en virtud de la ley eterna (...). Ahora bien, las leyes deben ser justas por razón del fin, es decir, porque se ordenan al bien común; por razón del autor, esto es, porque no exceden los poderes de quien las instituye, y por razón de la forma, o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común. Pues el individuo humano es parte de la sociedad, y, por lo tanto, pertenece a ella en lo que es y en lo que tiene, de la misma manera que la parte, en cuanto tal, pertenece al todo. De hecho vemos que también la naturaleza arriesga la parte para salvar el todo. Por eso estas leyes que reparten las cargas proporcionalmente son justas, obligan en conciencia y son verdaderamente legales” (*ibidem*, I-IIae, q.96, a.4).

³⁵² “La comunidad en la que surge la costumbre puede encontrarse en dos condiciones diferentes. Cuando se trata de una comunidad libre, capacitada para darse leyes, el consenso

traslación del poder— que no comporta una alienación o transmisión de la titularidad de los poderes públicos “tal que no pudiera ser nunca revocada, ni en medida alguna consintiera la participación de la comunidad en el poder; lo que la comunidad política realiza es sólo una simple *concessio*, en virtud de la cual se transfiere meramente el ejercicio del poder como un *officium* público, mientras que el poder en sí mismo sigue teniendo en la comunidad su titular”³⁵³.

El poder político puede ser tiránico –ilegítimo– por dos causas: por defecto de título (ilegitimidad de origen): el invasor que mediante la violencia o el engaño impone su voluntad a los súbditos; o por no cumplir con el mandato popular de procurar el bien común –ilegitimidad de ejercicio– aprobando leyes injustas³⁵⁴.

El Santo Doctor considera que el derecho de revocación de la autoridad instituida –representación política de comunidad– que ha devenido tiránica incluye o incorporada como garantía de su eficacia el derecho de resistencia. El derecho de destitución del tirano es la *ultima ratio*, de forma que aunque el pueblo se encuentre ante un gobierno tiránico debe soportarlo si es de baja intensidad y de corta duración, al objeto de evitar el posible

de todo el pueblo expresado en la costumbre vale más en orden a establecer una norma que la autoridad del príncipe, cuyo poder para crear leyes radica únicamente en que asume la representación del pueblo. Por eso, aunque las personas particulares no pueden crear leyes, sí puede hacerlo todo el pueblo” (*ibidem*, I-IIae, q.97, a.3).

³⁵³ GALÁN GUTIÉRREZ, E., *op. cit.*, p. 152.

³⁵⁴ “A su vez, las leyes pueden ser injustas de dos maneras. En primer lugar, porque se oponen al bien humano, al quebrantar cualquiera de las tres condiciones señaladas: bien sea la del fin, como cuando el gobernante impone a los súbditos leyes onerosas, que no miran a la utilidad común, sino más bien al propio interés y prestigio; ya sea la del autor, como cuando el gobernante promulga una ley que sobrepasa los poderes que tiene encomendados; ya sea la de la forma, como cuando las cargas se imponen a los ciudadanos de manera desigual, aunque sea mirando al bien común. Tales disposiciones tienen más de violencia que de ley. (...) tales leyes no obligan en el foro de la conciencia, a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden, pues para esto el ciudadano está obligado a ceder de su derecho (...).

En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen al bien divino, como las leyes de los tiranos que inducen a la idolatría o a cualquier otra cosa contraria a la ley divina. Y tales leyes nunca es lícito cumplirlas” (*Suma Teológica*, I-IIae, q.96, a.4).

desencadenamiento de una guerra civil y la imposición de un régimen aún más cruento:

“(…) si la tiranía no es excesiva, que es más útil tolerarla remisa por algún tiempo que levantándose contra el tirano meterse en varios peligros que son más graves que la misma tiranía. Porque puede acontecer que los que esto hacen no puedan prevalecer, y que así provocado el tirano se haga más cruel, y cuando alguno pudiese prevalecer contra el, muchísimas veces es causa de gravísimas disensiones en el pueblo, o cuando se trata de descomponer el tirano, o después de derribado, sobre el ordenar el modo del gobierno el pueblo se divide en diversas partes y opiniones; y también acontece que cuando el pueblo con ayuda de alguno deshace al tirano, aquél con la nueva potestad se adjudica y usa de la tiranía, y temiendo que otro haga con él lo que él hizo con el pasado oprime con mayor servidumbre los súbditos, y así en las tiranías suele suceder que la que se sigue es más grave que la de antes; porque el que entra no quita las cargas viejas y por su malicia traza otras nuevas”³⁵⁵.

En ambos casos la comunidad política o una representación auténtica de la misma debe declararlo tirano y acordar la revocación de la *traslatio imperii*. La declaración de tiranía revoca la autoridad instituida de modo que el pueblo no está obligado a cumplir sus normas³⁵⁶; habilita *ipso iure* al ejercicio del derecho de resistencia, que implica el uso de la violencia para la restitución del orden político e incluso matar al tirano, en el caso de que se resista por medio de la violencia a abandonar su cargo.

“Por lo cual parece que más se debe proceder contra la crueldad de ellos [tiranos] por autoridad pública que por presunción particular. Lo primero, si de derecho pertenece al pueblo elegir Rey, puede justamente deponer el que habrá instituido y refrenar su potestad, si usa mal y tiránicamente del poderío Real. Ni se puede decir que el tal pueblo procede contra la fidelidad debida deponiendo al tirano, aunque se le hubiera sujetado para siempre, porque él lo mereció en el gobierno del pueblo, no procediendo fielmente como el oficio de Rey lo pide, para que los súbditos cumplan lo que prometieron. De esta manera los romanos echaron del reino a Tarquino el Soberbio, a quien habían recibido por Rey, por la tiranía suya y de sus hijos,

³⁵⁵ *Del gobierno de los príncipes*, I, 6.

³⁵⁶ “El hombre tiene que obedecer a los príncipes seculares sólo en cuanto lo exija el orden de la justicia. Y, por tanto, si no tienen un principado justo, sino usurpado sus súbditos no están obligados a obedecerles más que en algunos casos en evitación de escándalo o peligro” (*Suma Teológica*, I-IIae, q.96, a.4).

poniendo en su lugar otra menor dignidad, que fue la Consular; y de esta manera también a Domiciano, que sucedió a su padre Vespasiano y a su hermano Tito, modestísimos emperadores, porque usaba de tiranía le hizo matar el Senado”³⁵⁷.

3. La Escuela de Salamanca

La Escuela de Salamanca³⁵⁸, también denominada Segunda Escolástica española, es una corriente de pensamiento teológico-político y jurídico – esencialmente humanista– formada por los *Magni Hispani*: Vitoria, Mariana, Suárez, Bartolomé Las Casas, entre otros, que alcanzaron notable resonancia en la especulación europea de los siglos XVI y XVII por sus aportaciones en los campos de la teología y la filosofía política y jurídica: el origen del Derecho internacional, los principios de los derechos humanos³⁵⁹, cuya impronta alcanzó las primeras declaraciones de derechos³⁶⁰, y la concepción moderna de la soberanía, fundada en el racionalismo político.

³⁵⁷ *Del gobierno de los príncipes*, I, 6.

³⁵⁸ “En realidad no hubo una *Escuela* española ni cosa que se le parezca, y lo que sí hubo fue una auténtica Escuela de Salamanca de universal renombre. Y fueron principalmente algunos cultivadores europeos del Derecho Público, quienes al indagar el origen de no pocas instituciones y conceptos jurídicos modernos, pusieron de relieve la valiosa aportación de los maestros de Salamanca al respecto. También fueron ellos quienes acuñaron la denominación Escuela de Salamanca, aunque por cierto en otras lenguas, como la de «die Schule von Salamanca» o «l’Ecole de Salamanque»” (RODRÍGUEZ MOLINERO, M., “La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca”, *Anuario de Filosofía el Derecho*, VIII, 1991, pp. 45-46).

³⁵⁹ “Una de las aportación más brillantes y singulares de la Escuela de Salamanca, que la distingue precisamente de la labor de los demás autores hispanos y también de los castellanos, fue su valiente y novedosa postura ante el difícil problema de la conquista y posterior anexión por el poder regio de los entonces llamados pueblos insulanos o indios. Frente a la tesis imperialista propalada con gran ruido por los juristas y letrados de la Corte y frente a la tesis teocrática propugnada por los teólogos que estaban a su servicio, los maestros de Salamanca, siguieron fielmente la doctrina de Francisco de Vitoria, defendieron los derechos inalienables de los pueblos indios, entre ellos a conservar sus propiedades y a mantener a sus gobernantes legítimos, así como a preservar su lengua y sus tradiciones” (*ibidem*, p. 46).

³⁶⁰ Es notorio el ingente esfuerzo humano y científico realizado por Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria en defensa de la igualdad, la tolerancia y la libertad de cultos de los indios en el marco de la conquista y colonización española del Nuevo Mundo.

La teoría política de la Escuela de Salamanca surge al calor del enfrentamiento dialéctico entre la Reforma protestante y la Contrarreforma católica en orden a desacreditar racionalmente la doctrina del derecho divino de los reyes, preconizada por Lutero y que fue prohijada no sólo por luteranos sino también por anglicanos, anabaptistas y calvinistas. Asimismo, pretende desarticular la autolegitimación del poder propuesta por la teoría política maquiaveliana.

“(…) Suárez va contra el derecho divino de los reyes, pero no contra el derecho divino, ni contra los reyes, tomados separadamente. Dios, salvo en casos bíblicos especialísimos, no ha designado a ninguna persona como rector de una comunidad, pero ello no obsta para que haya establecido dos postulados fundamentales a través de su ley natural: que la esencia radical del hombre implica su necesaria convivencia en comunidades políticas, y que las comunidades políticas precisan, también necesariamente, de una autoridad. La ley natural es antes que la comunidad y que los reyes; una y otros entran, pues, en el plan divino preestablecido *ab aeterno* en cuanto a su consistencia fundamental, pero no en cuanto a sus modulaciones históricas concretas. La *lex naturalis* se dirige al hombre como entidad consciente y libre, y por ello será la norma jurídica que precisará de un hecho humano para realizarse concretamente. En este momento y con estas limitaciones esenciales, entra en juego la voluntad humana como creadora del vivir político”³⁶¹.

El Altísimo es el creador de la Naturaleza –Supremo Hacedor– y, por tanto, afirmar que un fenómeno, cualidad, condición o característica es natural, o sea, “adecuado al orden de los seres creados, vale tanto como decir que tiene su fundamento en Dios”³⁶².

La sociabilidad del hombre es la inclinación, tendencia o proclividad natural de los seres humanos a interactuar con sus semejantes y a compartir la vida en orden a subvenir sus necesidades. Por tanto, “la condición social del hombre no es, pues, ni una propensión del individuo humano, ni tampoco el

³⁶¹ MURRILO FERROL, F., “El pacto social en Suárez”, *Archivo de Derecho Público*, N°1, Granada, 1948, p. 90.

³⁶² SÁNCHEZ AGESTA, L., *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, 1962, p. 142.

resultado de un acto contractual, sino una condición de la humana naturaleza”³⁶³.

“(…) es la naturaleza misma, con mayor exactitud Dios, autor de la naturaleza, quien manda que los hombres vivan en sociedad civil. Demuestran claramente esta afirmación la facultad de hablar, máxima fomentadora de la sociedad; un buen número de tendencias innatas del hombre y también muchas cosas necesarias y de gran importancia que los hombres aislados no pueden conseguir y que unidos y asociados con otros pueden alcanzar”³⁶⁴.

¿Cómo se pasa del estado de naturaleza al de sociedad civil organizada? Los teólogos escolásticos distinguían dos contratos, a saber, el *pactum unionis* o *societatis*, en virtud del cual los hombres deciden vivir juntos en sociedad; y el *pactum subiectionis*: la constitución del poder político.

En síntesis, los escolásticos españoles distinguen dos tipos de comunidades, imprescindibles para la vida del hombre, a saber, la política (natural) y la religiosa (sobrenatural) y, consecuentemente, dos formas de poder inherentes a cada una de ellas: poder político y poder espiritual respectivamente. Los fines que persiguen estos poderes y sus respectivas comunidades están imbricados: el bien común (justicia) y el bien espiritual (salvación del alma).

El origen o fundamento de estos poderes es Dios –causa primera–, creador y gobernante supremo del universo³⁶⁵. Francisco de Vitoria lo expresa con meridiana claridad:

“La causa eficiente del poder civil se sobreentiende. Habiendo mostrado que la potestad pública está constituida por derecho natural, y teniendo el

³⁶³ LISSARRAGUE, S., *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Madrid, 1947, p. 13.

³⁶⁴ León XIII, *Diuturnum Illud*, I, 7.

³⁶⁵ “Dios, que todas las cosas hizo sabiamente, que toca con firmeza desde el uno al otro confín y todo lo dispone suavemente, cuyas obras todas están bien ordenadas, como el Apóstol dice, Dios constituyó a los hombres de naturaleza y condición, que sin sociedad no podrían vivir. Aun más; como Escipión discurre (*apud Ciceronem, nada hay más afecto a este Príncipe y Señor que gobierna el mundo y que hizo cuanto hay en la tierra, que los concilios de hombres, con derechos de sociedad, se llaman ciudades* (VITORIA, *De la potestad civil*, VI).

derecho natural a Dios sólo por autor, es manifiesto que el poder público viene de Dios y que no está contenido en ninguna condición humana ni en algún derecho positivo”³⁶⁶.

“*Toda la potestad eclesiástica y espiritual que ahora reside en la Iglesia es, mediata o inmediatamente, de derecho divino positivo.* Se prueba y declara esta proposición. Como veremos más adelante, toda la potestad eclesiástica viene de los Apóstoles, los cuales la recibieron de Cristo, Dios y Señor verdadero; luego es de derecho divino positivo”³⁶⁷.

Sin embargo, el procedimiento de concesión del poder al pueblo o república y a la iglesia es disímil, tal y como explica Suárez: “Una manera es dando el poder [político] como necesariamente unido –por la naturaleza de la cosa– a una naturaleza que Dios mismo crea. Otra manera como Dios da inmediatamente un poder [celestial] es –digámoslo así– por sí mismo y por donación especial, no como uniéndolo necesariamente a la creación de una cosa, sino como sobreañadiéndolo voluntariamente a una naturaleza o persona. La razón de la diferencia no es otra sino que los poderes mismos pueden ser de diversas clases u órdenes, y Dios es poderoso para obrar connaturalmente y también preternatural o sobrenaturalmente”³⁶⁸.

Así, el poder espiritual es transferido directamente por el Altísimo al papa, cabeza de la Iglesia, en el momento de su designación celestial (poder sobrenatural), es decir, la autoridad eclesiástica es instituida por derecho divino (de arriba a abajo). El poder civil, empero, se funda en que el Supremo Hacedor crea al hombre y le entrega o trasfiere inmediatamente el poder de autogobernarse –poder natural– porque está indisolublemente unido a su naturaleza. El pueblo o república –causa material– puede ejercerlo *per se* o disponer del mismo libremente por medio de la *traslatio iurisdictionis*.

“Por constitución, pues, de Dios tiene la república este poder. La causa material en la que dicho poder reside es por derecho natural y divino la misma república, a la que compete gobernarse a sí misma, administrar y

³⁶⁶ *Ibidem*, VI.

³⁶⁷ VITORIA, *De la potestad de la iglesia*, I, 3.

³⁶⁸ SUÁREZ, *Defensa de la fe*, III, 2.

dirigir al bien común todos sus poderes. Lo que se demuestra de este modo: Habiendo por derecho natural y divino un poder de gobernar la república, como quitado el derecho positivo y humano, no haya razón especial para que aquel poder esté más en uno que en otro, es menester que la misma sociedad se baste a sí misma y tenga poder de gobernarse”³⁶⁹.

El poder político congénito a la naturaleza humana no se manifiesta ni se ejerce en el estado de naturaleza, sino que se halla en estado de latencia o larvado en el hombre a la espera de que celebre el *pactum societatis* –causa segunda del poder civil– al que se siente impulsado u obligado por la ley de la naturaleza en orden a la consecución de su fin: el bien común. Fuera del Estado o comunidad política perfecta no es posible lograrlo. El sujeto titular del mismo no son los ciudadanos a título individual sino la sociedad civil.

“(…) este poder no aparece en la naturaleza humana hasta que los hombres se juntan en una comunidad perfecta y se unen políticamente (...). Este poder no se da en cada uno de los hombres tomados por separado, ni en el conjunto ni multitud de ellos como en confuso y sin orden ni unión de los miembros de un cuerpo; luego antes de que haya entre los hombres ese poder, viene la formación del cuerpo político, porque antes del poder mismo tiene que existir el sujeto de ese poder, al menos según el orden natural”³⁷⁰.

“La soberanía civil Dios la da inmediatamente sólo a la comunidad perfecta. En primer lugar, la soberanía civil, mirada en sí misma, la dio Dios inmediatamente a los hombres reunidos en ciudad o comunidad política perfecta, no por una institución especial y -como quien dice- positiva, ni por una donación completamente distinta de la producción de tal naturaleza, sino por natural consecuencia en fuerza de su primera creación. Por consiguiente, en fuerza de tal donación, ese poder no reside en una persona ni en una determinada agrupación de muchas, sino en todo el pueblo perfecto o cuerpo de la comunidad, porque el poder político es natural, pues, aun sin la intervención de ninguna revelación sobrenatural o de la fe, por solo el dictamen de la razón natural ese poder sería reconocido en un Estado humano como absolutamente necesario para su conservación y para la justicia; luego es señal de que existe en tal comunidad como una propiedad que se sigue de su naturaleza o creación y de su natural institución. Si, además de ésta, fuese necesaria una especial donación de Dios y una concesión no inherente a la naturaleza, no podría constar de ella por sola la razón natural, sino que, para que los hombres tuviesen certeza

³⁶⁹ VITORIA, *De la potestad civil*, VII.

³⁷⁰ SUÁREZ, *Sobre las leyes*, III, 3.

de ella, sería necesario que se manifestara por medio de una revelación, lo cual, sin embargo, es falso, como consta por lo dicho”³⁷¹.

Que el poder sea una creación divina y no fruto de la voluntad del hombre implica, siguiendo a Sánchez Agesta, que “la fuerza impulsiva del poder, su capacidad de determinar obediencia, se impone como un deber de conciencia para el creyente y aun para el no creyente como una exigencia racional (...) [y] que el poder es algo *objetivo* y tiene, por consiguiente, un orden de fines propios de los que derivan sus límites y la norma de su acción (...) que vinculan a su vez la voluntad de quienes lo ejercen o lo consienten”³⁷².

Murillo Ferrol sostiene que el poder es un fenómeno natural ínsito en la esencia del ser humano, requerido por la razón para gobernar la comunidad política³⁷³ y orientarla a la consecución del fin que le es propio: el bien común.

“El príncipe debe ordenar al bien común de la república lo mismo la paz que la guerra y no debe desviar para su gloria o interés particular los fondos públicos, ni mucho menos exponer a sus ciudadanos al peligro. Esta es la diferencia entre rey legítimo y tirano: El tirano ordena el gobierno a su propia utilidad y engrandecimiento; el rey legítimo, en cambio, al bien público, como dice Aristóteles. Asimismo, el príncipe tiene la autoridad recibida de la república. Luego debe emplear esa autoridad para el bien de la república”³⁷⁴.

La teoría del poder de los tratadistas de la Segunda Escolástica se sustenta sobre una doble causa eficiente: la ley natural –Dios– y el pacto social: “en la potestad civil hay un aspecto esencial y constante: la ley natural; y

³⁷¹ SUÁREZ, *Defensa de la fe*, III, 2.

³⁷² SÁNCHEZ AGESTA, L., *op. cit.*, p. 148.

³⁷³ “La potestad política es absolutamente natural; sin intervención alguna de la revelación o de la fe, el simple juicio de la razón nos hará conocer esta potestad en la república humana como absolutamente necesaria para su conservación, lo cual nos prueba que es una potestad consecuente con la creación y naturaleza de la comunidad” (MURILLO FERROL, F., “Sociedad y política en el «Corpus Mysticum Politicum», de Suárez”, *Revista Internacional de Sociología*, N° 31, 1950, p. 150).

³⁷⁴ VITORIA, *El derecho de la guerra*, III, 3.

un aspecto arbitrario y contingente: el criterio y la libertad humanos; que concretan esa autoridad”³⁷⁵.

Nótese la diferente naturaleza del pacto social de la Escuela de Salamanca y el contrato social liberal³⁷⁶. Para la doctrina católica “no se trata del pacto puramente convencional, fuente del Derecho, sino de la adhesión a que por ley natural superior y objetiva se siente inclinado el hombre. El consentimiento es la causa secundaria, el hecho determinante y eficiente del vínculo social, que presupone una ley y una causa primera, desconocidas completamente para Rousseau. El cual consentimiento no ha de ser por precisión solemne, ni siquiera expreso, sino que puede ser tácito o presunto, directo o indirecto, bajo obligación próxima urgente o si ella”³⁷⁷.

“Para un pensador católico un contrato no puede ser jamás la justificación última del Estado. Por la sencilla razón de que el Estado, como fenómeno jurídico, es el efecto de dos causas concomitantes. Una inmutable, apoyada en la ordenación divina: la ley natural. Y otra, histórica y cambiante según las circunstancias: la voluntad humana el contrato, si se quiere.

(...)

Pues bien, el Estado es una exigencia de la ley natural y como tal está justificado, pero su aparición concreta, su origen histórico, dependerá de un hecho *contingente*, apoyado en la voluntad humana. Del mismo modo, los derechos y deberes del que haya de ejercer el gobierno están reglados en la ley natural, pero cuál va a ser la persona o personas sobre que recaigan tales derechos y deberes, es una cuestión que sólo un hecho histórico podrá fijar”³⁷⁸.

³⁷⁵ CORTS GRAU, J., *op. cit.*, p. 612.

³⁷⁶ “(...) aparecen infinitamente distantes las dos especies de pactos: el de quienes pretenden crear la autoridad y el de quienes se limitan a concretarla en un sujeto; el de quienes se aferran a ver en la soberanía tan sólo la expresión y representación de la voluntad general sin sujeción a leyes supremas, y el de quienes reconocen que la autoridad, fundada en la ley natural, debe proceder conforme a esa ley cuyo ministro es; el pacto que supone que la soberanía está distribuida entre todos los asociados, cada uno de los cuales posee una porción, la concepción atómica (...) y el pacto que aprecia la soberanía en la entidad moral integrada por las familias” (*ibidem*, p. 513).

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 605.

³⁷⁸ MURILLO FERROL, F., “El pacto social en Suárez”..., *op. cit.*, pp. 73-74.

Otra notable diferencia respecto a la teoría laica del contrato social reside en que mientras el objeto central de ésta gira en torno al poder mismo, aquélla sitúa el foco en el aspecto teleológico de ese poder: el bien común.

“(…) como teólogo hay una cosa que sí le importa mucho al Eximio: el fin del hombre. Y esto mismo es lo que habrá de importarle en la comunidad política. Su principal problema político, el eje que centra a todos los demás, es, pues, determinar el fin para que haya de ejercerse ese magno poder de la *suprema potestas*. Allí el acento se volcaba sobre el poder mismo, aquí sobre el fin de ese poder. Por eso, cuando los pactos de Hobbes y Rousseau derivan por el campo de la soberanía y sus problemas, Suárez, afirmando el poder de la voluntad humana en la formación de la comunidad política para contrarrestar tendencias erróneas, marcha hacia la determinación de un fin objetivo en el ejercicio del poder: el bien común”³⁷⁹.

La vida en la sociedad civil organizada es una exigencia inaplazable de la naturaleza humana porque de ella depende la subsistencia y el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. El fin de la comunidad y, por tanto, del poder que la dirige no puede ser otro para el pensamiento cristiano que el bien común, cifrado en “prestar las condiciones necesarias para que esa naturaleza humana se conserve, desenvuelva y alcance su plenitud (...) pero no implica necesariamente que esos fines hayan de ser procurados y realizados por la comunidad, como sujeto agente, esto es, como poder público que unifica y coordina la acción social, sino que éste ha de prestar las condiciones para que esos fines puedan realizarse”³⁸⁰.

“El bien común de orden temporal consiste en la paz y seguridad de que las familias y cada uno de los individuos puedan gozar en el ejercicio de sus derechos, y a la vez en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente, mediante la unión y la coordinación de la actividad de todos. Doble es, pues, la función de la autoridad civil que reside en el Estado: proteger y promover, pero no absorber a la familia y al individuo, o suplantarlos”³⁸¹.

³⁷⁹ *Ibidem*, pp. 93 y 94.

³⁸⁰ SÁNCHEZ AGESTA, L., *op. cit.*, p. 182.

³⁸¹ PÍO XI, *Divinis Illius Magistri*, 22, b.

La teoría del Estado suariana es formalmente democrática porque la titularidad del poder político reside, por derecho natural, en la comunidad y puede ejercerlo *per se* o cederlo a un hombre o un consejo³⁸², sin embargo, las leyes aprobadas por la autoridad instituida no expresan la subjetiva y coyuntural voluntad general del pueblo ya que ésta es objetiva y atemporal: el bien común, por lo que su contenido sustantivo no es fruto de la deliberación sino reflejo de la ley divina y, por tanto, universalmente conocido por la razón.

“Lo engendrado por este pacto [*pactum associationis*], la comunidad perfecta, que por el mismo acto de fundación adquiere también la potestad de gobierno sobre sí misma, no es un mero agregado de personas, simple suma de voluntades individuales, sino un «*corpus mysticum*», un ente moral. La democracia suariana no es una democracia de votos, de mayoría y de minoría, sino de voluntades convergentes en un fin objetivo –el bien común–, frente al que no caben sino esporádicos alejamientos de los individuos, que ya se encargará de traer al orden la potestad pública. Y esto, naturalmente, porque los hombres al romper a andar en una congregación política saben adonde van. Porque el bien común es algo que está tan ahí como las piedras y no pende de que yo decida cuál va a ser el bien común ante una urna. Es decir, es una democracia no relativista; en otras palabras: para nosotros no sería democracia”³⁸³.

Los preceptistas de la Escuela de Salamanca tienen preferencia por la forma monárquica de gobierno. ¿Qué es el rey? Un ministro, un delegado o un funcionario que representa al pueblo, cuyos poderes son heterónomos y revocables al estar sometidos a la autoridad superior del pueblo.

En el *pactum subiectionis* se constituye la autoridad que va a ejercer la soberanía y se fijan las condiciones o límites al ejercicio del poder, sin que sea posible modificar *a posteriori* los términos del contrato político concertado. Es el primer acto legislativo del Estado: el acta fundacional, norma suprema o constitución, en tanto que define el modelo político de convivencia, la organización institucional, las facultades y poderes que se reserva la república

³⁸² “(...) la sociedad al quedar formada posee «ipso facto» el poder radicalmente, o «*quoad virtutem*», pero todavía hasta un momento posterior, nadie lo tiene formalmente, o «*quoad exercitium*»” (MURILLO FERROL, F., “El pacto social en Suárez”, *op. cit.*, p. 76).

³⁸³ *Ibidem*, p. 78.

y aquéllos que concede a la autoridad instituida, así como los límites a ésta, que pueden ser tan férreos como condicionar la vigencia de una ley aprobada por la autoridad al consentimiento de la comunidad³⁸⁴.

“Tenga entendido [el Príncipe] que aun esa púrpura no es suya, sino de la República, que se la presta para que represente ser cabeza della, y para que atienda a su conservación, aumento y felicidad”³⁸⁵.

“El príncipe, pues, jamás debe creer que es señor de la república y de cada uno de los súbditos, por más que sus aduladores se lo digan, sino que debe juzgarse como un gobernador de la república, que recibe cierta merced de los ciudadanos, la cual no le es permitido aumentar contra la voluntad de ellos”³⁸⁶.

Mariana postula un modelo de Estado en el que la titularidad de la soberanía reside en el pueblo, pero el ejercicio de la potestad legislativa – principal atributo de la soberanía– es conferida al Rey y a las Cortes.

“Empezaré por convenir en que el poder real es absoluto e indeclinable para todas aquellas cosas que, ya la costumbre, ya las instituciones, ya ciertas leyes, han dejado al arbitrio de los príncipes, tales como hacer la guerra, administrar justicia y crear jefes y magistrados. Concedo que en esto es su poder mayor que el de todos y cada uno de los ciudadanos, que no hay quien pueda oponerle resistencia ni quien tenga derecho a examinar la razón de su conducta, que está ya sancionado por la costumbre de todos los pueblos, y no cabe siquiera lugar a cuestionar, cuanto menos a revocar lo hecho. Creo empero que en otros negocios ha de ser mayor que la del príncipe la autoridad de la república, si ha llegado á ponerse de acuerdo sobre un mismo punto. A mi modo de ver, no puede el príncipe oponerse á la voluntad de la multitud, ni cuando se trata de imponer tributos, ni cuando se trata de derogar leyes, ni mucho menos cuando se trata de alterar la sucesión del reino. Estoy en que el príncipe en todas estas cosas y en otras que puedan haberse reservado los pueblos, ya por una constitución particular, ya por la costumbre, no puede hacer más que acatar la voluntad de sus súbditos, resignarse y callar. Creo aun más, y es lo principal, creo que ha de residir constantemente en la república la facultad de reprimir los vicios de los reyes y destronarlos siempre que se hayan manchado con ciertos crímenes, é ignorando el verdadero camino de la gloria hayan

³⁸⁴ Cfr. SUÁREZ, *Sobre las leyes*, III, 19.

³⁸⁵ SAAVEDRA FAJARDO, D. de, *Idea de un príncipe político cristiano representado en cien empresas*, XIX.

³⁸⁶ *Del rey y de la institución real*, I, 5.

querido menos ser amados que temidos, y siendo al fin tiranos manifiestos, hayan pretendido imponer terror á las naciones”³⁸⁷.

“Un príncipe no dispone de mayor poder que el que tendría el pueblo entero si fuese el gobierno democrático, ó el que tendrían los magnates si estuviesen concentrados en ellos los poderes públicos; no debe pues creerse más dispensado de guardar sus leyes que el que lo estarían los individuos de todo el pueblo, ó los próceres del reino, con respecto á las disposiciones que por su delegado poder hubiesen ellos mismos sancionado. Muchas leyes además no son dadas por los príncipes, sino establecidas por la autoridad de la república [leyes sancionadas en Cortes], cuya autoridad y cuyo imperio, así para mandar como para prohibir, son mayores que los del príncipe, á ser cierto lo que en la cuestión antecedente resolvimos. A tales leyes, no solo creemos que deban obedecer los reyes, sino que estamos además persuadidos de que no pueden derogarlas sin el expreso consentimiento de las Cortes, debiéndose contar entre aquellas las de la sucesión real, las de la religión y las de los tributos.

(...) si á pesar de nuestras instituciones y de la fuerza del derecho llegase a quebrantarlas, se le podría castigar, destronar y hasta, exigiéndolo las circunstancias, imponerle el último suplicio”³⁸⁸.

Su teoría del Estado se desmarca netamente de la absolutista al incorporar ingredientes liberales y monarcómacos: el ejercicio dual del poder legislativo –Rey y Cortes–, cuyos ámbitos competenciales tendrán que ser definidos en el pacto social (constitución); el control político de las Cortes sobre el Ejecutivo (rey), pudiendo instar la revocación del monarca en los casos y conforme al procedimiento previsto en la primera norma del Estado o en otras posteriores aprobadas por las Cortes³⁸⁹; el reconocimiento del derecho de resistencia del pueblo frente al tirano que se resista a abandonar el cargo una vez revocado. Y, finalmente, el principio de legalidad (*rex legibus alligatus*), garante de la justicia³⁹⁰, en virtud del cual todos los individuos –

³⁸⁷ *Ibidem*, I, 8.

³⁸⁸ *Ibidem*, I, 9.

³⁸⁹ Sobre las diferencias entre el rey y el tirano cfr. *ibidem*, I, 5.

³⁹⁰ “(...) porque se dudaba de la equidad del Príncipe y porque se temía del odio personal; lo que remediaba la ley, hablando constantemente a todos con una misma voz” (*Ibidem*, I, 2).

incluido el rey³⁹¹ – quedan jurídicamente obligados a cumplir las disposiciones aprobadas por la asamblea.

Sin embargo, sustrae al monarca del imperio de las leyes por él aprobadas, cuando la genuina autoridad legislativa que confiere la naturaleza legal a un texto articulado reside en el pueblo –titular de la soberanía– no en el monarca, que simplemente la ejerce de manera delegada en representación del conjunto de los ciudadanos. Sólo obligan al pueblo, lo que evidencia el divorcio entre rey y reino, característico del Antiguo Régimen, por más que se le deba persuadir para que también las acate³⁹².

Saavedra Fajardo, preceptista español contemporáneo de los *Magni Hispani* pero no encuadrado en la Escuela de Salamanca, recibió su influjo y comparte esencialmente su pensamiento político, por lo que resulta de interés dar alguna pincelada sobre su teoría del Estado.

Este tratadista es refractario al principio absolutista de la unidad e indivisibilidad del poder regio: “La prudencia política dividió la potestad de los príncipes”³⁹³. En la Empresa XXI sostiene que el rey es la fuente del Derecho³⁹⁴ –*Legislador*–, pero desgaja del cetro regio el ejercicio de la potestad judicial, lo cual constituye un avance político superlativo porque garantiza la igualdad de todos, incluido el monarca, en la aplicación de la ley. La interpretación y aplicación de las leyes a los casos concretos corresponde a jueces independientes, a pesar de ser elegidos por el monarca.

³⁹¹ “Por muy superior y aventajado que sea cualquiera a todos los demás, debe, sin embargo, reputarse individuo y parte de la República” (*ibidem*, I, 9).

³⁹² Mariana, en cambio, no se muestra tan severo con el monarca respecto a las leyes aprobadas por el mismo: “(...) me contentaré con que las cumpla voluntariamente, y pasaré con que no se le impongan a la fuerza ni se le aplique por quebrantarlas pena alguna” (*ibidem*, I, 9).

³⁹³ SAAVEDRA FAJARDO, D. de, *Idea de un príncipe político cristiano...*, *op. cit.*, XXI.

³⁹⁴ “Por una letra sola dejó el Rey de llamarse Ley. Tan uno es con ella, que el rey es ley que habla, y la ley un rey mudo. Tan rey, que dominaría sola si pudiese explicarse” (*ibidem*, XXI).

“I porque éstas no pueden [las leyes] darse a entender por sí mismas, i son cuerpos, que reciben el alma, i el entendimiento de los Iuezes por cuya boca hablan, i por cuya pluma se declaran, i aplican a los casos, no pudiendo comprehendellos todos, adviertan bien los Principes a qué sujetos las encomiendan, pues no les fian menos, que su mismo ser, i los instrumentos principales de Reinar, i hecha la elección, como conviene, no les impidan el exercicio, i curso ordinario de la Iusticia, déjenla correr por el Magistrado, porque en queriendo arbitrar los Principes sobre las Leyes más de aquello, que les permite la Clemencia, se deshará este artificio político, i las que les habían de sustentar, serán causa de su ruina, porque no es otra cosa la Tiranía, sino un desconocimiento de la Lei”³⁹⁵.

Saavedra Fajardo parte del principio de que el rey es la fuente del Derecho, pero no acepta la arbitrariedad como criterio de gobierno sino que domeña la *voluntas rei* al imperio de la ley³⁹⁶, con lo que se garantiza la legitimidad del gobierno, la igualdad ante la ley³⁹⁷ y se logra que por medio de la emulación –“príncipe como espejo”³⁹⁸– los súbditos las acaten sin excesiva antipatía o contestación:

“No obliga al príncipe la fuerza de ser ley, sino la de la razón en que se funda, cuando es ésta natural y común a todos, y no particular a los súbditos para su buen gobierno; porque, en tal caso, a ellos solamente toca la observancia; aunque también debe el príncipe guardallas, si lo permitiere el caso, para que a los demás sean suaves”.

“La ley le constituye y conserva príncipe y le arma de fuerza. Si no se interpusiera la ley, no hubiera distinción entre el dominar y el obedecer. Sobre las piedras de las leyes, no de la voluntad, se funda la verdadera política. Líneas son del gobierno, y caminos reales de la razón de estado. Por ellas, como por rumbos ciertos, navega segura la nave de la república. Muros son del magistrado, ojos y alma de la ciudad y vínculos del pueblo, o

³⁹⁵ *Ibidem*, XXI.

³⁹⁶ “(...) no es otra cosa la tiranía, sino un desconocimiento de la ley (...). En cerrando el príncipe la boca a las leyes, la abre a la malicia y a los vicios, como sucedió en tiempo del Emperador Claudio” (*ibidem*, XXI).

³⁹⁷ “Tan sujetos están los reyes de España a las leyes, que el fisco, en las causas del patrimonio real, corre la misma fortuna que cualquier vasallo, y en caso de duda, es condenado: así lo mandó Filipe Segundo; y, hallándose su nieto Filipe Cuarto, glorioso padre de vuestra alteza, presente al votar en el Consejo Real un pleito importante a la Cámara, ni en los jueces faltó entereza y constancia para condenalle, ni en su Majestad rectitud para oírlos sin indignación. Feliz reinado en quien la causa del príncipe es de peor condición” (*ibidem*, XXI).

³⁹⁸ *Ibidem*, LXXXI.

un freno (cuerpo de esta empresa) que le rige y le corrige. Aún la tiranía no se puede sustentar sin ellas (...)"³⁹⁹.

Toda ley vigente ha de ser cumplida por sus destinatarios. En orden a someter la voluntad de los individuos al imperativo legal, la ley alberga o irradia dos fuerzas complementarias: directiva y coactiva. La primera se refiere al *fundamento* de la norma y la segunda a la *punición*, como garantía de su acatamiento.

Suárez sostiene que el monarca está sometido a las propias leyes que promulga siempre que tengan “razón y materia de suyo universal y común al príncipe”⁴⁰⁰. Sin embargo, limita su vinculación a la norma analizando la naturaleza de las dos fuerzas que anidan en ella: “La fuerza directiva se ordena a las buenas costumbres, y, por tanto, comprende también al mismo legislador; mas la pena [fuerza coactiva] es sólo accidentalmente intentada o necesaria, no fue conveniente someter a ella al legislador; y además sería superflua aquella obligación, no pudiendo ser moralmente ejecutada”⁴⁰¹.

¿Por qué el *princeps* no está sujeto a la pena? Para responder a esta pregunta el Eximio aduce el argumento clásico de la teoría política absolutista: el rey-legislador no está sometido a ninguna autoridad judicial que lo pueda juzgar y, en su caso, imponer una pena.

“La coacción exige de esencia intrínseca que proceda *ab extrínseco*, como consta por la filosofía; luego el príncipe no puede forzarse a sí mismo por la ley.

Ni tampoco puede ser forzado por los súbditos, porque ningún inferior puede poner sus manos violentas sobre el superior; ni puede ser tampoco forzado por un igual, porque no tiene sobre él jurisdicción; ni, por fin, puede serlo por un superior porque tratamos del príncipe que no tiene superior”⁴⁰².

³⁹⁹ *Ibidem*, XXI.

⁴⁰⁰ SUÁREZ, *Sobre las leyes*, III, 35.

⁴⁰¹ *Ibidem*, III, 35.

⁴⁰² *Ibidem*, III, 35.

El *princeps* queda fuera del orden legal. La decisión de someterse o no a sus propias leyes es personalísima y, por tanto, se resolvería con criterios de oportunidad política o de pura conveniencia subjetiva, sino tuviera que someterse al implacable e inapelable Juicio divino.

Resulta un tanto paradójico que el pueblo no pueda sancionar al rey por incumplir las normas pero sí pueda reservarse el derecho de revocación de la autoridad constituida para dirigir el Estado –que es una forma de sanción, y de las más graves– en orden a ejercerlo cuando concurren los supuestos de hecho perfectamente definidos en el contrato de sujeción, ya que no cede la titularidad de la soberanía sino sólo el ejercicio⁴⁰³.

“(…) una vez transferido al rey el poder, el pueblo no puede restringirlo, ni abrogar sus leyes justas. No le es lícito al pueblo, una vez sometido, restringir el poder del rey más de lo que se restringió en la primera transferencia o convenio, porque esto no lo permite aquella ley de la justicia que enseña que los pactos legítimos deben cumplirse, y que una donación absoluta, hecha válidamente una vez, no puede revocarse ni en todo ni en parte, sobre todo si fue onerosa. (...). Por eso no es sencillamente verdad que el rey, en su poder, dependa del pueblo, por más que lo haya recibido de él: podrá depender en su adquisición y no depender en su conservación si lo ha recibido plenamente y sin condiciones. Por tanto, una vez que ha sido creado rey legítimamente, tiene poder soberano en todo aquello para lo cual lo ha recibido, y eso por más que lo haya recibido del pueblo, pues esto es lo que exige la ley de la justicia, según hemos explicado”⁴⁰⁴.

La experiencia empírica que nos suministra la Historia nos evidencia que en cualquier comunidad política, por reducida o elemental que sea, debe existir un poder de gobierno, “que se justifica y delimita por la función que le es inherente en razón del fin de la comunidad política”⁴⁰⁵. Estamos ante la coloración de un límite o freno intrínseco al ejercicio del poder: el bien común.

⁴⁰³ “¿Quién empero podrá corregir las [faltas] del rey si no se deja poder alguno á la república?” (*Del rey y de la institución real*, I, 8).

⁴⁰⁴ SUÁREZ, *Defensa de la fe*, III, 3.

⁴⁰⁵ SÁNCHEZ AGESTA, L., *op. cit.*, p. 148.

“Si la delimitación del ejercicio del poder en función del fin ha de limitar la actividad de gobierno del príncipe, ello no ocurrirá por la existencia de una serie de fenómenos extrínsecos, sino al contrario, éstos tendrán vigor por la intrínseca limitación que supone que el poder no pueda ir más allá de su principio: el fin. La limitación afecta a la potestad en sí misma, y su ejercicio por un monarca no será sino una modalidad accidental y secundaria; manifestación de la voluntad de la comunidad a través de un órgano”⁴⁰⁶.

La Escuela de Salamanca sigue la construcción doctrinal de Tomás de Aquino sobre el tirano. En efecto, la autoridad constituida deviene tiránica por ilegitimidad de origen o de ejercicio. Ante un tirano el pueblo, titular de la soberanía, puede invocar el derecho de revocación siempre que se haya establecido en el pacto de sujeción.

“El poder que radica esencialmente en la República es cosa distinta del poder ejercido en las distintas formas que podemos llamar de gobierno. La República delega todo poder en el sentido de que lo constituye o instituye, y en este supuesto no existe poder alguno que no sea delegado o dado (...) el poder que radica esencialmente en la República jamás ésta lo pierde, ni siquiera en el supuesto de la institución monárquica”⁴⁰⁷.

Siguiendo a Murillo Ferrol, la doctrina del consentimiento de la comunidad se cifra en que “aunque la potestad radique, *quoad exercitium*, en el monarca, continúa residiendo últimamente, *quoad virtutem*, en la comunidad, que puede transferirla con limitaciones y avocar a sí su ejercicio en determinadas circunstancias”⁴⁰⁸. Lo que implica el reconocimiento de que el pueblo mantiene una reserva latente de poder que le faculta a revocar su concesión, total o parcialmente, cuando concurra alguno de los supuestos de hecho fijados en el contrato de sujeción, cuya función es limitar el poder regio.

“Dijo Belarmino, tomándolo de Azpilcueta, que el pueblo nunca trasfiere al príncipe su poder sin conservarlo en hábito para poder hacer uso de él en

⁴⁰⁶ MURILLO FERROL, F., *Saavedra Fajardo y la Política del Barroco*, Madrid, 1957, p. 286.

⁴⁰⁷ LISSARRAGUE, S., *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁸ MURILLO, F., *Saavedra Fajardo...*, *op. cit.*, p. 297.

determinados casos, ni es contrario a lo que decimos, ni da base a los pueblos para reclamar la libertad a su antojo.

Belarmino no dijo sin más que el pueblo conserve su poder en hábito para ejercitar cualesquiera actos a su antojo y cuantas veces quiera, sino que con gran limitación y circunspección dijo en determinados casos, etc.

Esos casos hay que entenderlos o según las condiciones del anterior contrato, o según lo que exija la justicia natural, pues los pactos y convenios justos hay que cumplirlos. Por eso, si el pueblo transfirió su poder al rey reservándose para algunas causas o negocios más graves, en éstos lícitamente podrá hacer uso de él y conservar su derecho. Pero será preciso que de tal derecho conste suficientemente por documentos antiguos y ciertos o por costumbre inmemorial.

Por la misma razón, si el rey su legítimo poder lo convirtiera en tiranía abusando de él en manifiesta ruina del Estado, el pueblo podría hacer uso de su poder natural de propia defensa pues de éste nunca se privó.

Mas fuera de estos casos o de otros semejantes, nunca le es lícito al pueblo rebelarse contra un rey legítimo apoyándose en su poder, y así desaparece la base u ocasión de toda sedición”⁴⁰⁹.

“(…) la República de que trae su origen la potestad real, no la trasladó en el Príncipe tan absolutamente que no la reservase en sí para poderle quitar el Principado si las cosas llegasen a tanto estrecho; porque lo contrario fuera no haber ocurrido al peligro mayor y quedar hecha esclava de quien escogió por Ministro.

“Ni ha de creer el príncipe que es absoluto su poder, sino sujeto al bien público y a los intereses de su estado; ni que es inmenso, sino limitado y expuesto a ligeros accidentes (...).

Reconozca también el príncipe la naturaleza de su potestad, y que no es tan suprema, que no haya quedado alguna en el pueblo, la cual, o la reservó al principio, o se la concedió después la misma luz natural para defensa y conservación propia contra un príncipe notoriamente injusto y tirano. A los buenos príncipes agrada que en los súbditos quede alguna libertad. Los tiranos procuran un absoluto dominio”⁴¹⁰.

El contrato de sujeción es la ley fundamental, la constitución de la república porque sus disposiciones no pueden ser modificadas por la simple voluntad del gobierno, sino que ha de ser el pueblo el que altere la norma suprema, a la que todos quedan sometidos, incluso la autoridad instituida en el

⁴⁰⁹ SUÁREZ, *Defensa de la fe*, III, 3, 3.

⁴¹⁰ SAAVEDRA FAJARDO, D. de, *Idea de un príncipe político cristiano...*, *op. cit.*, XX.

mismo: “Rey que gobierna según las leyes y fueros del reino, con que limitó el pueblo su potestad”⁴¹¹. En caso de que el monarca no acate la voluntad popular y se resista a la deposición o a la restricción de sus facultades, el pueblo podrá servirse de la violencia –derecho de resistencia– para hacer cumplir su voluntad.

Mariana, al igual que otros miembros de la Escuela, establece dos categorías de tirano, a saber, el que sin legítimo título ha usurpado el supremo poder y el rey que, elegido por la comunidad, deviene en déspota a causa de su gobierno contrario al bien común. Respecto al primero, cualquier ciudadano puede matar al rey sin que previamente se le haya inhabilitado o declarado ilegítimo por la república ya que el haber alcanzado el trono por vías violentas o espurias determina o constituye *ipso iure* su ilegitimidad.

“Todos los teólogos y filósofos convienen en que al príncipe que por medio de la fuerza y de las armas ocupó la república, sin derecho alguno y sin el consentimiento de los ciudadanos, es lícito quitarle la vida y despojarle del trono, pues que siendo un enemigo público y oprimiendo al país con todos los males, se reviste de todo el carácter e índole de tirano, a quien de cualquier modo es necesario que se quite y despoje de la potestad que violentamente se atribuyó”⁴¹².

Respecto al segundo, articula la revocación como un derecho político de la república, que la habilita o legitima a la deposición del rey que devenga en tirano y no atiende a las reconvenções que le formule el pueblo:

“(…) si el príncipe ha sido elevado al trono por consentimiento del pueblo o por derecho hereditario, entonces se deben tolerar todos sus vicios, mientras que no llegue a despreciar públicamente todas las leyes de la honestidad y del pudor, que debe observar. Pues no se deben variar los príncipes con tanta facilidad que haya pretexto para incurrir en mayores males, para graves y trascendentales turbulencias, como ya dijimos. Pero si el rey atropella la república, entrega al robo las fortunas públicas y privadas, y desprecia y huella las leyes públicas y la sacrosanta Religión; si su soberbia, su arrogancia y su impiedad llegasen hasta insultar a la divinidad misma,

⁴¹¹ SAAVEDRA FAJARDO, D. de, *Instrucciones a la política y razón de Estado del rey católico don Fernando*, II, 3.

⁴¹² *Del rey y de la institución real*, I, 6.

entonces no se le debe disimular de ningún modo. Sin embargo, se debe meditar seria y detenidamente la causa y motivo que haya para despojar al rey; no sea que, en vez de enmendar un mal, se incurra en otro mayor y que un crimen se castigue con otro más grave. Para esto, pues, el camino más seguro y expedito será deliberar en grandes reuniones, si están aún permitidas, para consultar el parecer de todos, dando por lo más fijo y acertado lo que se estableciere de común acuerdo. Se ha de amonestar ante todo al príncipe y llamarle à razón y à derecho; si condescendiere, si satisficiera los deseos de la república, si se mostrase dispuesto à corregir sus faltas, no hay para qué pasar más allá ni para qué se propongan remedios más amargos; si empero rechazase todo género de observaciones, si no dejare lugar alguno á la esperanza, debe empezarse por declarar públicamente que no se le reconoce como rey, que se dan por nulos todos sus actos posteriores”.

“(…) quitada la facultad de reunirse entre sí los ciudadanos, no debe faltar la voluntad de desterrar la tiranía, de vengar los crímenes públicos e intolerables del príncipe y de contener sus detestables esfuerzos, de tal modo que, si atropella lo más sagrado de la patria e interna en el reino, para su auxilio, enemigos públicos, aquel que secundare los votos de la república e intentase quitar la vida del príncipe juzgo que de ningún modo obrará injustamente”⁴¹³.

Esta declaración popular de ilegitimidad de la autoridad la inhabilita para gobernar y produce *ipso iure* la revocación y la apertura de un nuevo proceso constituyente.

Este planteamiento es válido para las pequeñas repúblicas donde fácilmente se puede congregarse al pueblo, pero es inviable para los grandes Estados. Para ellos, Saavedra Fajardo formula un procedimiento que gravita sobre las Cortes que, como institución política depositaria de la voluntad de la comunidad o del reino, es la competente para revocar el mandato conferido a la autoridad.

⁴¹³ *Ibidem*, I, 6.

“(…) había una especie de derecho de gentes, una opinión sentada en todas las repúblicas de Grecia é Italia, por la cual era tenido por hombre virtuoso el asesino del que hubiera usurpado la soberanía. En Roma, sobre todo desde la expulsión de los reyes, la ley era precisa y terminante, y los ejemplos admitidos; la república armaba el brazo de cualquier ciudadano, le hacía magistrado para aquel momento, y le reconocía por su defensor” (MONTESQUIEU, *Grandezza y decadencia de los romanos*, XI).

“Luz natural, árbitro en la forma de gobierno concedida a uno solo; disposición humana le señaló sus términos, y dentro dellos constituyó esta potestad; pero no tanto se despojó della que, si bien se la dió suprema en el gobierno y disposición de las cosas, no quedase en el cuerpo universal de la república otra mayor autoridad, aunque suspensa en su ejercicio, para oponerse al príncipe tirano o que declinase de la verdadera religión y reducilie o deponelle, y también para interpretar los derechos dudosos de la sucesión y mantener los fueros y condiciones con que la libertad de muchos se redujo a la voluntad de uno, señalándoles límites al poder, en que no se disminuye, antes se cautela, la majestad real para que esté preservada de la tiranía y tenga conocidas sus riberas y madre, por donde seguramente corra el poder, con tal, empero, que esta autoridad no haya de ser por el juicio de uno ni de muchos, sino de toda la república universal congregada en Cortes (...). Porque, de otra suerte, la malicia o la pasión turbarían ligeramente el gobierno, oponiéndose a la majestad, y causarían disensiones y comunidades, de que resultarían mudanzas de dominios y muertes infelices de los príncipes”⁴¹⁴.

En este fragmento de la Empresa vigésima, podemos vislumbrar la configuración liberal –*avant la lettre*– de las Cortes como un contrapoder: una institución política revestida de facultades dirigidas a limitar y controlar el poder regio, de forma que éste no se desborde por la arbitrariedad, sino que se delimiten claramente sus márgenes y esté sometido a unos mecanismos de control.

Si la autoridad revocada no respeta o acata la voluntad popular y en vez de abandonar el poder se resiste *manu militari*, entonces, en este caso procede el ejercicio del *ius resistendae* frente a una autoridad ilegítima. Este derecho, garante de la eficacia del derecho de revocación, implica el uso de la violencia contra el poder, pudiendo desembocar en tiranicidio:

“Y puesto que necesariamente ha de nacer de ahí una guerra, convine explicar la manera de defenderse, procurar armas, imponer contribuciones á los pueblos para los gastos de la guerra, si así lo exigieren las circunstancias, sin que de otro modo fuese posible salvar la patria, matar á hierro al príncipe como enemigo público y matarle por el mismo derecho de defensa, por la autoridad propia del pueblo, más legítima siempre y mejor que la del rey tirano. Dado este caso, no sólo reside esta facultad en el pueblo, reside hasta en cualquier particular que, abandonada toda especie de impunidad y

⁴¹⁴ SAAVEDRA FAJARDO, D. de, *Instrucciones a la política...*, *op. cit.*, XX.

despreciando su propia vida, quiera empeñarse en ayudar de esta suerte a la república”⁴¹⁵.

La concreción y precisión de la soberanía popular, del derecho de revocación de la forma de gobierno y de los gobernantes así como el derecho de resistencia de los pueblos frente al poder tiránico, cuyos orígenes doctrinales se hallan en la Primera Escolástica, constituyen las egregias aportaciones de la Escuela de Salamanca al racionalismo político europeo de los siglos XVII y XVIII.

“Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por un Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se cuentan el derecho a la vida, a la libertad y al alcance de la felicidad; que, para asegurar estos derechos, los hombres instituyen gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma de gobierno llega a ser destructora de estos fines, es un derecho del pueblo cambiarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno, basado en esos principios y organizando su autoridad en la forma que el pueblo estime como la más conveniente para obtener su seguridad y su felicidad. En realidad, la prudencia aconsejará que los gobiernos erigidos mucho tiempo atrás no sean cambiados por causas ligeras y transitorias; en efecto, la experiencia ha demostrado que la humanidad está más bien dispuesta a sufrir, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas de gobierno a las cuales se halla acostumbrada. Pero cuando una larga cadena de abusos y usurpaciones, que persiguen invariablemente el mismo objetivo, hace patente la intención de reducir al pueblo a un despotismo absoluto, es derecho del hombre, es su obligación, arrojar a ese gobierno y procurarse nuevos guardianes para su seguridad futura. Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas colonias; tal es ahora la necesidad que las obliga a cambiar sus antiguos sistemas de gobierno”⁴¹⁶.

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece como derecho natural e imprescriptible la resistencia a la opresión; y los artículos 33 y 35 de la Declaración homónima de 1793 reconocen los principios de resistencia e insurrección contra un gobierno opresor y despótico.

⁴¹⁵ *Del rey y de la institución real*, I, 6.

⁴¹⁶ Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776).

CAPÍTULO CUARTO

LA LEGITIMIDAD POPULAR DEL PODER POLÍTICO (III): LA TEORÍA SECULAR DEL CONTRATO SOCIAL

SUMARIO. 1. Concepto y contextualización. 2. Locke y Rousseau. 3. Sieyès: el fundamento democrático del gobierno representativo. 4. Condorcet: la democracia representativa. 5. El constitucionalismo jacobino.

1. Concepto y contextualización

La teoría contractualista laica propugna un paradigma político de carácter individualista y convencional y, por tanto, artificial de la sociedad política⁴¹⁷ por considerarlo más legítimo o coherente con la naturaleza humana, escrutada por medio de la razón.

El Estado no es inherente a la naturaleza del hombre sino que es una estructura de poder creada por la voluntad humana –pacto social– cuyo objeto es procurar la felicidad de los ciudadanos⁴¹⁸ por medio de la garantía y

⁴¹⁷ “La más antigua de todas las sociedades y la única natural es la familia. Los hijos, con todo, no están ligados al padre sino el tiempo que necesitan de él para subsistir; así que en cuanto cesa esta necesidad, el lazo natural se desata. Los hijos, exentos de la obediencia que deben al padre, exento éste de los cuidados que debe a los hijos, entran todos igualmente en independencia. Si continúan unidos no es natural, sino voluntariamente, y la familia misma no se sostiene sino por convención” (*El contrato social*, I, 2).

⁴¹⁸ “El fin de la sociedad es la felicidad común” (art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793).

protección de los derechos: “No hay enunciación más precisa del fin del Estado que la del artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: «El propósito de toda asociación política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre»⁴¹⁹.

El Estado, por tanto, es un instrumento al servicio de la dimensión teleológica del hombre, lo que evidencia la superioridad del individuo sobre la sociedad política: las partes son superiores al todo.

“(…) la definición de justicia más apropiada para la concepción orgánica es la platónica, de acuerdo con la cual es justo que cada parte de las que está compuesta la comunidad cumpla con lo que le corresponda, vale decir, desempeñe la función que le ha sido asignada con arreglo a la armonía del todo (...). En la concepción individualista, en cambio, el problema de la justicia ya no se presenta bajo el aspecto de un deber de actuar de una cierta manera para el bien común, sino bajo el aspecto de un derecho del individuo a ser tratado por la comunidad equitativamente con vistas a la realización de propósitos individuales, el primero de los cuales es la propia felicidad”⁴²⁰.

“El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen” (art. 13 de la Constitución de Cádiz de 1812).

“(…) el bien público, el verdadero bienestar de la gran masa del pueblo es el supremo fin que debe perseguirse y que ninguna forma de gobierno, sea cual fuere, tiene valor sino en cuanto se adapta a la consecución de este fin” (MADISON, *El Federalista*, LV).

“El hombre experimenta constantemente un deseo de bienestar. El auxilio que ha recibido de sus parientes, así como el que recibe o aguarda de sus semejantes, le hacen sentir que de todos los medios para alcanzar el bienestar el Estado es el más poderoso” (art. II de la *Declaración de Derechos* de Sieyès).

⁴¹⁹ BOBBIO, N., “Organicismo e individualismo”, *Revista Este País*, 74, México, 1997, p. 6.

“El gobierno ha sido instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles” (art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793).

“El Estado protege la igualdad de los derechos contra la influencia, no por natural menos dañina, de la desigualdad de medios que unos y otros disponen. La ley (...) se ocupa de poner al débil al abrigo de las acciones del fuerte y, cubriendo con su autoridad tutelar a la universalidad de los ciudadanos, garantizar a todos la plenitud de sus derechos” (SIEYÈS, “Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Emmanuel Sieyès. Escritos y discursos de la revolución*, edición, traducción y notas, Ramón Máiz, Madrid, 1990, p. 94).

⁴²⁰ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 99-103.

La teoría laica del contrato social es hija de la Reforma protestante y de la Revolución científica: el universo en un gran mecanismo –materia y movimiento– regido por leyes físicas y matemáticas⁴²¹.

El racionalismo fue revolucionario⁴²²: sustituyó el paradigma aristotélico del hombre como viviente social y político por el cartesiano de ser racional (*cogito ergo sum*); destronó al Dios personal del cristianismo (iusnaturalismo teológico) encumbrando al dios de la Razón (iusnaturalismo racionalista⁴²³); sustituyó la teología por la ciencia y junto con la doctrina protestante enaltecó la libertad de pensamiento –“*osez penser par vous même*”⁴²⁴– y la voluntad humana, constreñidas secularmente por la subyugación de las conciencias a las atávicas creencias religiosas y al principio de autoridad de los antiguos.

⁴²¹ “La filosofía è scritta in questo grandissimo libro che continuamente ci sta aperto innanzi a gli occhi (io dico l’universo), ma no si può intendere se prima non s’impara a entender la lingua, e conocer i caratteri, ne quali è scritto. Egli è scritto in lingua matematica, e i caratteri son triangoli, cerchi, ed altre figure geometriche, senza i quali è impossibile a interderne umanamente parola; senza questi è un aggirarsi vanamente per un oscuro labirinto” (GALILEI, G., *Il Saggiatore*, Roma, 1623, citado por *Le opere di Galileo Galilei*, diretta da Antonio Favaro, Florencia, 1968, vol. VI, p. 232).

⁴²² “(...) el racionalismo es fundamentalmente revolucionario. Tiene que serlo, pues constituye *more geométrica*, sistemas y sistemas que, al aplicarlos a la realidad, simplemente al confrontarlos, la encuentran rebelde, con la rebeldía que lo vivo opone a los moldes, y la reacción racionalista trata de forzar la realidad. El racionalismo construye un ideal y para convertirlo en realidad, rompe primero con la realidad existente” (ARAGÜES PÉREZ, F., *Lutero y Rousseau. Su influencia en la ideología del liberalismo capitalista*, Zaragoza, 1947, p. 124).

⁴²³ “El derecho natural de los siglos XVII y XVIII está marcado por el concepto de que el Derecho se podría basar en principios superiores, generalmente comprensibles y obligatorios, por ser accesibles a la razón humana, para posteriormente, a partir de esos principios, poder derivar, «more geometrico», sistemas de Derecho completos con muchas reglas individuales bien organizadas” (HORN, N., “Sobre el Derecho natural racionalista y el Derecho natural actual”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 1, 2000, p. 79).

⁴²⁴ Expresión acuñada por Voltaire en su *Dictionnaire philosophique* para definir la libertad de pensamiento, en línea con el *sapere aude* kantiano, de la que no se excluye el campo de la teología: “La Ilustración lo discutió, analizó y agitó todo, desde las ciencias profanas a los fundamentos de la revelación, desde la metafísica a las materias del gusto, desde la música hasta la moral, desde las disputas escolásticas de los teólogos hasta los objetos del comercio, desde los derechos de los príncipes a los de los pueblos, desde la ley natural hasta las leyes arbitrarias de las naciones, en una palabra, desde las cuestiones que más nos atañen a las que nos interesan débilmente” (D’alembert, citado por GONZÁLEZ, N., “Identidad y unidad de Europa en la historia (El siglo XVIII)”, en BADA, J., y GARCÍA DONCEL, M., (coords.) *Europa. Raíces y horizontes*, Madrid, 1994, p. 105).

En el ocaso del Medievo, la corrupción sistémica de la Iglesia –fiel reflejo de la degradación moral de la sociedad europea– la enfrentó a una encrucijada: “Mantener la doctrina e imponer la reforma de las costumbres o mantener la corrupción de las costumbres justificándola mediante la profesión de nueva doctrina”⁴²⁵.

La Contrarreforma y la Escuela de Salamanca pretendieron corregir las costumbres y conservar la doctrina político-teológica del príncipe cristiano. Lutero y Maquiavelo, sin embargo, prefirieron justificar o aceptar la perversión natural del hombre por medio de teorías rupturistas.

“Maquiavelo y Lutero se encuentran ante la decadencia moral del Renacimiento, ven el mal a su alrededor, se sienten pesimistas, desesperan de remediarlo y buscan la manera de acomodarse a él. Maquiavelo construye una doctrina social: hay que gobernar al hombre sin pensar en hacerle bueno, en Política puede ser peligrosa la Moral. Lutero levanta una doctrina religiosa: la salvación nada tiene que ver con las obras, aun el justo en todos sus actos peca. El orden externo nada tiene que ver con una moral que no puede imponerse ni aun en el orden interno. Para organizar la corrupción humana atender a la moral sería insensato”⁴²⁶.

En apretada síntesis, Lutero sostiene que el pecado original imprimió la huella indeleble de la concupiscencia y la vileza en la naturaleza humana. No hay en el hombre sino impudicia y maldad. El ser humano tras la Caída es esclavo de sus pasiones –*servo arbitrio*–, por lo que desarrolla una inclinación natural al mal.

“El *servo arbitrio* y como derivación de esta doctrina, la convicción de la personal impotencia para realizar el bien, mutilará todo valor que pudiera reconocerse al elemento intencional del acto humano. La recta intención, la buena voluntad podrán tener valor únicamente como indicios de predestinación, pero en modo alguno contribuirán a la salvación eterna del individuo. Mucho menos las obras totalmente desprovistas de todo valor positivo en relación con el fin último: “Opus bonum, optimate factum, est veniale peccatum”⁴²⁷.

⁴²⁵ ARAGÜES PÉREZ, F., *op. cit.*, p. 25.

⁴²⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 69.

La salvación del hombre no depende de sus actos debido a su pulsión pecaminosa, sino que es una decisión caprichosa o arbitraria de Dios. Así, pues, el protestantismo preconiza la salvación del alma por la fe y no por los actos y la fe como el catolicismo. *Ab initio*, Dios ha decidido conceder la gracia a unos pero no a otros, por tanto, a los salvados no sólo se les perdonan sus pecados sino que se les considera justos –como si nunca hubiera pecado– por su sola fe en la redención de Cristo, sin tener en cuenta sus actos ya que la decisión divina es previa a su alumbramiento.

“Toda criatura está separada de Dios por un abismo insondable, y ante El, todos merecemos muerte eterna, salvo decisión propia en contrario, con el solo fin de hacer honra a su propia majestad. Lo único que sabemos es que una parte de los hombres se salvará y la otra se condenará. Suponer que el mérito o la culpa humana colaborarán con este destino significaría tanto como pensar que los decretos eternos y absolutamente libres de Dios podían ser modificados por obra del hombre: lo que es absurdo. (...) desde la eternidad asigna a cada cual su destino según designios totalmente inescrutables, y que dispone hasta el más mínimo detalle en el cosmos”⁴²⁸.

¿Cómo paliar la angustia ante la incertidumbre de la gracia? Las buenas obras y el trabajo son señales que presagian la elección divina. Las acciones encomiables en modo alguno aseguran la salvación del alma, sin embargo, “son absolutamente indispensables como signos de la elección: constituyen un medio técnico no para comprobar la bienaventuranza, sino para desprenderse de la angustia por la bienaventuranza”⁴²⁹.

Las confesiones protestantes creen que “la voluntad de Dios se manifiesta en el orden externo y por ello debemos adaptarnos lo mejor posible a este orden y nuestra propia capacidad de adaptación será un indicio de predestinación, de agrado a Dios”⁴³⁰. Esta creencia sublimó el trabajo por la coloración religiosa que le imprimieron. No es sólo un acto humano para asegurarse el sustento, perfeccionarse y evitar la corrupción moral de la

⁴²⁸ WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, 1999, p. 118.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 135.

⁴³⁰ ARAGÜES PÉREZ, F., *op. cit.*, p. 63.

ociosidad, sino que es “un fin en sí mismo”⁴³¹. El éxito en la profesión se aduce como síntoma de gozar del beneplácito divino: “El cumplimiento en el mundo de los propios deberes es el único medio de agradar a Dios, que eso y sólo eso es lo que Dios quiere, y que, por tanto, toda profesión lícita posee ante Dios absolutamente el mismo valor”⁴³².

El trabajo es un dogma de la teología protestante: una misión que el Altísimo impone a los hombres y que deben cumplirla de la mejor manera posible: “Cada cual debe permanecer en la profesión y estado que le ha colocado Dios de una vez para siempre y contener dentro de estos límites todas sus aspiraciones y esfuerzos de este mundo”⁴³³.

El valor capital concedido al trabajo por el protestantismo lo convirtió en el centro de la vida y de los desvelos humanos y sembró la simiente del capitalismo racional burgués, basado en el cálculo preciso, la organización del trabajo y el beneficio –singular manifestación del éxito empresarial o profesional– mediante una actividad industrial debidamente planificada “en oposición al estilo de vida del campesino que vive al día, a la privilegiada parsimonia del viejo artesano y al «capitalismo aventurero», que atiende más bien al éxito político y a la especulación irracional”⁴³⁴.

El principio protestante del libre examen de las Sagradas Escrituras fue revolucionario porque arrumbó la idea secular de Iglesia cristiana: una congregación o asamblea de fieles en torno a unos dogmas comunes aceptados por todos. Esta máxima propugna la relación directa del creyente con Dios, sin intermediarios, y en apariencia niega la razón porque hace depender la interpretación de la Biblia de la inspiración divina, por lo que es un feraz caldo de cultivo para el surgimiento de sectas religiosas capitaneadas

⁴³¹ *Ibidem*, p. 64.

⁴³² WEBER, M., *op. cit.*, p. 93.

⁴³³ *Ibidem*, p. 98.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 83.

por profetas que ofrecen una determinada lectura de las Sagradas Escrituras consecuencia de la revelación divina. Sin embargo, en realidad, el libre examen empoderó la razón porque rompió las cadenas de la autoridad de los Padres de la Iglesia desbrozando el camino para el advenimiento del imperio de la razón y del pluralismo⁴³⁵, con lo que se sentaron las bases del liberalismo que gravita sobre la libertad y la igualdad⁴³⁶.

“Al difundirse el principio del libre examen degenerará bien pronto en la afirmación de la libertad del pensamiento. De referir a inspiración divina cualquier idea que se tenga, por descabellada que sea, en cuando un sujeto cualquiera se crea profeta, a creer en la divinidad de la Razón no hay más que un paso, aunque en principio ambas tesis sean opuestas. Bien sabemos cómo las ideas se transforman conforme se difunden y la del libre examen se transformará en racionalismo y reforzando la corriente racionalista de origen cartesiano dará lugar a la Escuela del Derecho Natural, a la teoría del Contrato Social, a la de los derechos del hombre... y volviéndose contra su origen proclamará la capacidad sin límites de la razón, la posibilidad de construir el Estado sobre un esquema racional y el derecho a la insurrección”⁴³⁷.

⁴³⁵ “La Reforma en el siglo XVI fragmentó la unidad religiosa de la Edad Media y condujo al pluralismo religioso, con todas sus consecuencias para los siglos posteriores. Lo que a su vez propició pluralismos de otros tipos, que acabaron convirtiéndose en un rasgo permanente de la cultura a finales del siglo XVIII” (RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, 1996, p. 18).

⁴³⁶ “Establecer la regla de que cada hombre interpreta la palabra de Dios tal como la Biblia la expresa, y que nadie puede imponer su propia interpretación a otro, fue hacer de la libertad e igualdad individuales no sólo la base de la sociedad, sino también la expresión de la voluntad divina. La división de la cristiandad en múltiples religiones –católica, luterana, calvinista, anglicana, amén de las múltiples rivalidades entre sectas protestantes–, destruyó la idea de una verdad única y absoluta que se imponía a todos por su misma evidencia. Los conflictos religiosos hicieron derramar mucha sangre, provocaron muchas destrucciones, engendraron múltiples sufrimientos y horrores; sin embargo también contribuyeron a desarrollar la idea de la coexistencia necesaria entre doctrinas opuestas. El pluralismo religioso aceleró el nacimiento del pluralismo político” (DUVERGER, *Las dos caras de Occidente*, Madrid, 1972, p. 40).

⁴³⁷ ARAGÜES PÉREZ, F., *op. cit.*, p. 59.

2. Locke y Rousseau

La ideología liberal se vertebra esencialmente en torno a dos corrientes doctrinales, a saber, el liberalismo “whig” o “lockiano” y el liberalismo roussoniano⁴³⁸. El primero aportó los principios político-jurídicos del primer constitucionalismo europeo y americano y el segundo los del constitucionalismo democrático.

La severa crisis norteamericana de 1929 propició una honda reflexión sobre los efectos socioeconómicos del liberalismo burgués decimonónico, que evidenció la injusticia del modelo y que concluyó con la firme determinación de incorporar al constitucionalismo los principios roussonianos y jacobinos: sufragio universal, igualdad material, derechos sociales, etc.,

Locke postula la igualdad formal ante la ley⁴³⁹ por lo que su paradigma es el Estado mínimo, abstencionista y al servicio de los propietarios que imperó en Europa hasta el crack del 29. Rousseau, empero, va más allá y defiende la igualdad material, que implica la intervención normativa del Estado en la sociedad para corregir la grave desigualdad social y económica que perpetúan las asépticas leyes del mercado⁴⁴⁰.

El escocés preconiza el gobierno representativo, la división o equilibrio de poderes públicos y la soberanía nacional de ejercicio censitario, es decir, condiciona o vincula la titularidad de derechos políticos a la propiedad de bienes de producción.

⁴³⁸ Cfr. BIAGINI, H. E., “El liberalismo lockiano”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 194, Madrid, 1974, pp. 229-230.

⁴³⁹ “[el poder legislativo] tiene que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §142).

⁴⁴⁰ “Esta igualdad, se dice, es una quimera de la especulación que no puede existir en la práctica; pero, si el abuso es inevitable, ¿se sigue que no sea preciso al menos regularle? Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, debe la fuerza de la legislación tender siempre a mantenerla” (*El contrato social*, II, 11).

El liberalismo “whig” abanderó las libertades individuales negativas. Se ejercen frente al Estado porque su reconocimiento exige la ausencia de coerción o injerencia gubernativa en ciertas parcelas o ámbitos privados del hombre. El republicanismo democrático puso, en cambio, el énfasis en la igualdad “porque la libertad no puede subsistir sin ella”⁴⁴¹ y prohió la libertad positiva, entendida como autodeterminación, como libre desarrollo de la personalidad humana, que sólo es posible por medio de la regulación de las relaciones de poder. La normativización debe atender principalmente al reconocimiento universal de los derechos sociales al objeto de atenuar las desigualdades.

“Las ayudas públicas son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desafortunados, ya sea procurándoles trabajo, ya sea proporcionando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar”⁴⁴².

“La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todas sus fuerzas los progresos de la razón pública, y poner la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”⁴⁴³.

Ambos reprueban la esclavitud, la dominación del hombre por el hombre, lo que constituye una clara manifestación a favor de la libertad e igualdad y una crítica al ilegítimo Estado absolutista, cuyo gobierno despótico subyuga al pueblo.

Rousseau considera que el supuesto pacto que da a luz al Estado Absolutista es el “proyecto más reflexivo que haya surgido jamás del espíritu humano” porque “se trata de emplear en favor suyo [del rico] las fuerzas mismas de aquéllos que le atacaban, de convertir a sus adversarios en

⁴⁴¹ *Ibidem*, II, 11.

“El amor a la libertad está fundado sobre el amor a la igualdad; pero el amor a la igualdad se encuentra, sobre todo, en el corazón de las clases más bajas del pueblo, a las que desdeñan y oprimen todas las demás” (MARAT, “Sobre una importante reforma agraria”, en *Los jacobinos*, selección y prólogo José Álvarez Junco y Emilio Gilolmo, Madrid, 1970, p. 339).

⁴⁴² Art. 21 de la Constitución francesa de 1793.

⁴⁴³ Art. 22 de la Constitución francesa de 1793.

defensores suyos, de inspirarles otras máximas y darles otras instituciones que le fuesen tan favorables como le era contrario el derecho natural”⁴⁴⁴.

Nos ofrece dos formulaciones hipotéticas del pacto espurio que inauguró un modelo de sociedad política “que dio nuevas trabas al débil y nuevas fuerzas al rico, destruyeron sin posible retorno la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y de la desigualdad, de una astuta usurpación hicieron un derecho irrevocable y, para el provecho de algunos ambiciosos, sometieron desde entonces todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria”⁴⁴⁵.

“Unámonos –les dice [el rico]– para garantizar a los débiles frente a la opresión, contener los ambiciosos y asegurar a cada uno la posesión de lo que le pertenece; instituyamos reglamentos de justicia y de paz a los que todos estén obligados a atenerse, que no hagan excepción respecto a nadie y que de algún modo reparen los caprichos de la fortuna sometiendo por igual al poderoso y al débil a deberes mutuos. En una palabra, en lugar de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos, unámonos en un poder supremo que nos gobierne según sabias leyes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace a los enemigos comunes y nos mantenga en eterna concordia”⁴⁴⁶.

“Vosotros tenéis necesidad de mí, pues yo soy rico y vosotros sois pobres. Hagamos pues un pacto: yo permitiré que tengáis el honor de servirme con la condición de que me deis lo poco que os queda a cambio de la pena que me causará mandaros”⁴⁴⁷.

El ginebrino reprueba el taimado pacto social que instituye el régimen tiránico monárquico-señorial por considerar injusto –no equitativo– el perenne aherrojamiento de los súbditos a la arbitrariedad del monarca, cuya voluntad es la ley, de forma que no estamos ante un genuino contrato social sino ante un acto de dominación y de sometimiento –ilegitimidad de origen– debido a la asimetría del pacto; esto es, la masa de hombres “tiene una participación pasiva, de meros espectadores donde cumplen un papel de

⁴⁴⁴ *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, I.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, I.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, II.

⁴⁴⁷ *Discurso sobre economía política*, III.

simples adherentes a las propuestas del impostor, sea el primer propietario⁴⁴⁸, sea el rico que propone la institución política. Engañados, o seducidos por la impostura, asisten inermes a un espectáculo que los excluye, que no los tiene como protagonistas y participantes, sino como un auditorio que se limita a asentir disposiciones ajenas que tienen con frecuencia *la máscara de la benevolencia*⁴⁴⁹.

“Decir que un hombre se da gratuitamente es decir una cosa absurda e inconcebible; un acto tal es ilegítimo y nulo sólo por el hecho de que el que lo realiza no está en su juicio. Decir lo mismo de todo un pueblo, es suponer un pueblo de mentecatos, y la locura no constituye derecho.

(...)

Renunciar a la libertad es renunciar a la cualidad de hombre, a los derechos de humanidad y aun a los propios deberes. No hay indemnización posible para el que renuncia a todo. Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre y priva de toda moralidad a los propios actos quien priva de toda libertad a su voluntad. Es una convención vana y contradictoria estipular, de un lado, una autoridad absoluta, y de otro, una obediencia sin límites. ¿No es evidente que no se está obligado a nada con aquél en que en derecho se puede exigir todo? Y esta sola condición sin contrapartida, ¿no entraña en sí misma la nulidad del acto? Porque ¿qué derecho tendrá el esclavo contra mí? Todo lo suyo me pertenece, su derecho es el mío; y este derecho de mí contra mí mismo, ¿no es una palabra vacía de sentido?⁴⁵⁰

La concepción del estado de naturaleza rousseauiana y lockiana es disímil. Locke sostiene que es un hecho histórico regido por la ley de la naturaleza⁴⁵¹. El estado de naturaleza es “insoportable” porque la víctima

⁴⁴⁸ “El primero que, tras haber cercado un terreno, decidió decir: *Esto es mío* y encontró a personas lo bastantes simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Qué de crímenes, guerras, asesinatos, qué de miserias y horrores habría ahorrado al género humano aquél que, arrancando los potos o llenando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: ¡Guardaros de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie!” (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, II).

⁴⁴⁹ BARREIRO, M. E., *La fundación mítica del Estado en Jean Jacques Rousseau*, ponencia, pp. 7 y 8, en <http://goo.gl/qlIZt>, fecha de consulta: 15-IV-2015.

⁴⁵⁰ *El contrato social*, I, 4.

⁴⁵¹ “(...) es evidente que esa ley [ley de la naturaleza] existe, y que es tan inteligible y clara para una criatura racional y para un estudioso de tal ley como lo son las leyes positivas de

puede penar y exigir la reparación por su propia autoridad al victimario, es decir, es juez y parte en su propia causa, con lo que desaparecen las garantías para el agresor y la proporcionalidad de las penas.

El filósofo de la Revolución de la Gloriosa considera preferible el estado de naturaleza a la situación en la que se encuentra el hombre mientras no se emancipe de los gobiernos despóticos⁴⁵² por medio de la constitución de una sociedad política, basada en el consentimiento de los hombres: “Mucho mejor sería la condición del hombre en el estado de naturaleza, donde, por lo menos, los individuos no están obligados a someterse a la injusta voluntad del prójimo”⁴⁵³.

El ginebrino es un entusiasta cultivador de la ciencia del hombre⁴⁵⁴ frente al desprecio con el que acoge los progresos de las ciencias y las artes⁴⁵⁵: “En Rousseau, toda la teoría del hombre se funda en la oposición entre lo que le es natural y lo que le ha sido añadido por la vida social”⁴⁵⁶.

Rousseau no considera que el estado de naturaleza sea un hecho o suceso histórico. Influida por sus creencias cristianas, tiene serias dudas de que haya existido⁴⁵⁷, lo cual no le impide abordar su estudio y caracterización a

los Estados. Y hasta es posible que sea más clara aún, en cuanto que los dictados de la razón son más fáciles de entender que las intrincadas fabricaciones de los hombres, las cuales obedecen a la necesidad de traducir en palabras una serie de intereses escondidos y contrarios” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §12).

⁴⁵² “(...) aquél en el que un hombre, con mando sobre la multitud, tiene la libertad para juzgar su propia causa y de hacer con sus súbditos lo que le plazca, sin darle a ninguno la oportunidad de cuestionar o controlar a quien gobierna según su propio gusto, y a quien debe someterse en todo lo que haga, ya sean sus acciones guiadas por la razón, por el error o por el apasionamiento” (*ibidem*, §13).

⁴⁵³ *Ibidem*, §12.

⁴⁵⁴ “El conocimiento humano más útil y menos avanzado de todos me parece ser el del hombre” (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, “Prefacio”).

⁴⁵⁵ Cfr. *Discurso sobre las artes y las ciencias, Proyecto de Constitución para Córcega y Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, XI.

⁴⁵⁶ MOREAU, J., *Rousseau y la fundamentación de la democracia*, Madrid, 1977, p. 24.

⁴⁵⁷ “No se deben tomar las investigaciones que se pueden hacer sobre este tema como verdades históricas, sino tan sólo como razonamientos puramente hipotéticos y condicionales, mucho más adecuados para esclarecer la naturaleza de las cosas que para

través del método analítico con el que disecciona la naturaleza humana para determinar lo que hay en ella de originario y de impostado o artificial. El objetivo no es sólo “juzgar acertadamente nuestro estado actual”⁴⁵⁸ por medio del conocimiento de la evolución de la naturaleza humana, sino también y fundamentalmente enunciar los principios del Derecho ínsitos en la naturaleza humana (derecho natural⁴⁵⁹ o ley de la naturaleza⁴⁶⁰), parámetro de la justicia.

¿Cuáles son las características psicológicas y conductuales del hombre natural? El hombre no es ontológicamente un ser social por dos razones, a saber, las leyes que regulan la sociedad civil no las proporciona el instinto. No están ingénitas en el hombre sino que son una convención humana justa⁴⁶¹, construida mediante la razón, piedra angular del estado civil⁴⁶².

El hombre natural vive esencialmente en soledad y, determinado por su instinto, se dedica exclusivamente a subvenir por sus propios medios sus necesidades físicas⁴⁶³ y a preservarse frente a los males que le acechan. Sin

mostrar su verdadero origen, y semejantes a las que en nuestros días elaboran los físicos sobre la formación del mundo. La religión nos manda creer que, habiendo sacado Dios mismo a los hombres del estado de naturaleza inmediatamente después de la creación, éstos son desiguales porque Él ha querido que lo fuesen; pero ella no nos impide construir conjeturas solamente de la naturaleza del hombre y los seres que lo circundan, conjeturas referentes a lo que habría podido llegar a ser el género humano si hubiese sido dejado a sí mismo” (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, I).

⁴⁵⁸ *Ibidem*, I.

⁴⁵⁹ “(...) la idea del derecho, dice M. Burlamaqui, y más aún la del derecho natural, son manifiestamente ideas relativas a la naturaleza del hombre. De esta naturaleza misma del hombre, pues, continúa, de su constitución y de su estado hay que deducir los principios de esta ciencia” (*ibidem*, I).

⁴⁶⁰ “(...) esa ley santa, imprescriptible, que habla al corazón del hombre así como a su razón” (*Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, VI).

“Todas las reglas del derecho natural se hallan mejor grabadas en los corazones de los hombres que en todo el fárrago de Justiniano. Limitaos a hacerlos honestos y virtuosos y os aseguro que conocerán lo suficiente de derecho” (*ibidem*, X).

⁴⁶¹ Cfr. *El contrato social*, I, 4.

⁴⁶² “[en la sociedad civil] la voz del deber sustituye al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre, que hasta entonces no había pensado más que en sí mismo, se ve obligado a proceder con arreglo a otros principios y a consultar a su razón antes de atender a sus inclinaciones” (*ibidem*, I, 8).

⁴⁶³ “(...) considerándole [al hombre], en una palabra, tal y como ha debido salir de las manos de la naturaleza, veo a un animal no tan fuerte como algunos, menos ágil que otros,

embargo, este amor a sí mismo no es inmoderado o salvaje sino que se encuentra mediatizado por la piedad, de forma que su conducta está presidida por la siguiente máxima de bondad natural: “Haz el bien con el menor daño posible al prójimo”⁴⁶⁴.

“(…) la piedad es un sentimiento natural que, al moderar en cada individuo la actividad del amor a sí mismo, concurre a la mutua conservación de la especie. Ella os impulsa a ayudar irreflexivamente a aquéllos que vemos sufrir: es ella la que, en el estado natural, ocupa el lugar de las leyes, de las costumbres y de la virtud, con la ventaja de que nadie se siente tentado de desobedecer su dulce voz; ella disuadirá a un salvaje fuerte de quitar a una débil criatura o a un anciano enfermo el alimento que han adquirido penosamente, si espera hallar el suyo en otra parte”⁴⁶⁵.

El hombre natural no necesitaba el comercio con sus iguales para procurarse el sustento. Lo cual no implicaba que en ocasiones no se relacionara con sus semejantes y surgieran conflictos, pero eran de baja intensidad ya que no había desarrollado “el amor propio”⁴⁶⁶. No existía el honor, el prestigio, la reputación social ni la propiedad privada.

“[los primeros hombres] no mantenían ningún comercio entre ellos, ni conocían, por tanto, la vanidad, ni el respeto, ni la estima, ni el desprecio; como no tenían la menor noción de *lo tuyo* y *lo mío*, ni ninguna verdadera

pero, en fin de cuentas, mucho mejor constituido que todos los demás. Lo veo saciándose bajo un roble, desalterándose bajo un arroyo, encontrando su lecho al pie del mismo árbol que le ha procurado su comida; y he aquí, sus necesidades satisfechas (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, I).

“Salvo la necesidad física, que la naturaleza misma exige, todas nuestras demás necesidades no son tales sino por costumbre, antes de la cual no eran necesidades, o por deseo; y no se desea lo que no se conoce. De donde se deduce que el hombre salvaje, al no desear más que las cosas que conoce y al no conocer más que aquéllas cuya posesión puede obtener o es fácil de adquirir, posee un alma tranquila y un espíritu limitado” (*ibidem*, nota novena de la Primera Parte).

“(…) sus deseos no van más allá de sus necesidades físicas; los únicos bienes que conoce en el universo son el alimento, una hembra y el reposo; los únicos males que teme son el dolor y el hambre” (*ibidem*, I).

⁴⁶⁴ *Ibidem*, I.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, I.

⁴⁶⁶ “No habiendo en cuenta más que a sí mismo, la primera mirada que el hombre echa a sus semejantes le lleva a compararse con ellos; y el primer sentimiento que suscita en él esta comparación es el deseo de ocupar el primer puesto. He aquí el punto en que el amor de sí se transforma en amor propio, y en que comienzan a nacer todas las pasiones que provienen de él” (*El Emilio*, IV).

idea de la justicia; como consideraban las violencias que podían padecer como un mal fácil de reparar, y no como una injuria que se debe castigar, y como ni siquiera pensaban en la venganza, si no era maquinal e inmediatamente, como el perro que muerde la piedra que le tiran, sus disputas hubieran tenido muy rara vez consecuencias sangrientas”⁴⁶⁷.

El hombre natural presentaba un mínimo desarrollo cognitivo: carecía de lenguaje y, por tanto, era incapaz de razonamiento y de progreso científico⁴⁶⁸. Posee la razón en potencia, sin embargo, en la soledad del estado natural no puede ejercitarla. Necesita el medio idóneo en el que tenga la oportunidad de desarrollarla y perfeccionarla: la vida social⁴⁶⁹.

En el *Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres* Rousseau nos sugiere en un bello pasaje cómo pudo producirse el tránsito del estado natural al estado de razón o civil, es decir, cómo se trocó la libertad y la igualdad de los primeros tiempos en servidumbre y desigualdad característicos de la sociedad política:

“Mientras los hombres se contentaron con sus rústicas cabañas; mientras se limitaron a coser sus vestidos de pieles con espinas vegetales o de pescado, a adornarse con plumas y conchas, a pintarse el cuerpo de distintos colores, a perfeccionar y embellecer sus arcos y sus flechas, a tallar con piedras cortantes canoas de pescadores o rudimentarios instrumentos de música; en una palabra, mientras sólo se aplicaron a trabajos que uno solo podía hacer y a las artes que no requerían el concurso de varias manos, vivieron libres, sanos, buenos y felices en la medida en que podían serlo por su naturaleza y siguieron disfrutando de las dulzuras de un trato independiente. Pero desde el instante en que un hombre tuvo necesidad de la ayuda de otro; desde que se advirtió que era útil a uno solo poseer provisiones por dos, la igualdad desapareció, se introdujo la propiedad, el trabajo fue necesario y los bosques inmensos se transformaron en campos

⁴⁶⁷ *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, I.

⁴⁶⁸ “Si por casualidad hacía algún descubrimiento, no podía comunicarlo, ya que ni siquiera reconocía a sus propios hijos. El arte perecía con el inventor. No había ni educación ni progreso; las generaciones se multiplicaban inútilmente; y como partía siempre del mismo punto, los siglos transcurrían en la tosquedad de los primeros tiempos; la especie era ya vieja y el hombre era siempre niño” (*ibidem*, I).

⁴⁶⁹ “El hombre, hemos dicho, no es sociable por naturaleza; esto quiere decir que no está preadaptado a la vida social, pero la vida social es necesaria al desarrollo de sus facultades, al progreso y a la plena expansión de su naturaleza” (MOREAU, J., *op. cit.*, pp. 33 y 34).

alegres que fue necesario regar con el sudor de los hombres y donde se vieron germinar y crecer con las cosechas la esclavitud y la miseria”⁴⁷⁰.

Rousseau enumera tres diferencias entre el animal y el hombre: razón, perfeccionamiento y libertad, sin embargo, es la “calidad de agente libre” la que singulariza a la especie humana y la divorcia de las bestias⁴⁷¹. En efecto, el hombre es libre porque puede elegir. Se ha emancipado del instinto y su conducta está regida por la razón, es decir, es libérrimo para obrar deliberadamente el bien o el mal y, por tanto, sus acciones son objeto de calificación moral y jurídica⁴⁷².

“La naturaleza gobierna a cualquier animal y la bestia obedece. El hombre experimenta la misma impresión, pero se reconoce libre de acatar o de resistirse; y es sobre todo por conciencia de esta libertad por lo que se muestra la espiritualidad de su alma: porque la física explica en cierto modo el mecanismo de los sentidos y la formación de las ideas, pero en la potestad de querer, o mejor, de elegir, y en el sentimiento de esta facultad no encontramos más que actos puramente espirituales que no se explican por las leyes de la mecánica”⁴⁷³.

Rousseau no añora el estado natural –“el buen salvaje”– ni preconiza la regresión del hombre a sus primeros pasos. Tampoco deplora la razón ni la sociedad civil⁴⁷⁴, sino el espurio modelo de hombre social que la razón ha

⁴⁷⁰ *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, II.

⁴⁷¹ *Ibidem*, I.

⁴⁷² “El riesgo de corrupción es, más bien, inherente a la libertad, que imputable a las relaciones sociales mismas. El acceso a la vida social es para Rousseau el equivalente del pecado original; es para el hombre la ocasión de caída, pero también permite la redención. Sin la vida social, el hombre no hubiera salido nunca de la inocencia natural; pero a través de la corrupción social, accede a la moralidad, y la moralidad es superior a la inocencia” (MOREAU, J., *op. cit.*, p. 41).

⁴⁷³ *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, I.

⁴⁷⁴ “Aunque se prive en este estado [civil] de bastantes ventajas que le ofrece la naturaleza, conquista otras tan grandes: sus facultades se ejercitan y desarrollan, sus ideas se amplían, sus sentimientos se ennoblecen, su alma entera se eleva a tal grado que si el abuso de esta nueva condición no le degradasen a menudo por debajo de la que salió, debería bendecir constantemente el instante feliz en que la abandonó para siempre, pasando a ser, de un animal estúpido y limitado, un ser inteligente y un hombre” (*El contrato social*, I, 8).

engendrado⁴⁷⁵, aherrojado por la opinión ajena⁴⁷⁶ y la propiedad, fuentes de la desigualdad y de las pasiones.

El ginebrino apuesta decididamente por una sociedad política justa, que sólo será alcanzable si la educación infunde en la razón el amor al bien común y al interés general. La vida social es un desafío para el hombre porque está en juego su felicidad o su perdición. Si no hace un buen uso de su razón y de su libertad, mediante la aprobación de leyes justas⁴⁷⁷ garantes de la igualdad, será un esclavo de su amor propio, que lo sumirá en un estado de degradación moral⁴⁷⁸ y de violencia constante con sus semejantes.

“En el estado de civilización, la inteligencia se dedica a servir a los vanos deseos, que van más allá de las necesidades físicas, y la razón se pliega a justificar los apetitos egoístas y las pasiones. Esta función técnica y este uso sofisticado, igualmente desordenados, conducen a la injusticia y a la depravación; las ciencias y las artes desacreditadas por Rousseau son las aplicaciones de una inteligencia servil, de una razón que renuncia a su autonomía y se deja imponer los fines de la naturaleza sensible. La finalidad de la educación es liberar la razón de las influencias empíricas, de los apetitos y de las pasiones, llevarnos a descubrir la aspiración profunda de nuestra alma, la exigencia de nuestra naturaleza racional, que no puede encontrar su satisfacción más que en la autonomía moral, en el cumplimiento de la ley. (...) el hombre tendrá un motivo para conformar sus actos a la justicia, para plegar sus intereses particulares al interés general, cuando haya reconocido en ella el ideal que conviene a nuestra naturaleza,

⁴⁷⁵ Cfr. *Discurso sobre las artes y las ciencias*.

⁴⁷⁶ (...) hay una clase de hombres [hombre político] que cuentan como algo importante las miradas del resto del universo, que saben ser felices y estar contentos con ellos mismos a partir del testimonio del prójimo, mejor que a partir del suyo propio. Tal es, en efecto, la causa verdadera de todas estas diferencias: el salvaje vive dentro de él mismo; el hombre sociable, siempre fuera de sí, no sabe vivir más que dentro de la opinión de los demás y, por así decirlo, del juicio de éstos saca el sentimiento de su propia existencia” (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, II).

⁴⁷⁷ “Este paso del estado de naturaleza al de sociedad civil produce en el hombre un cambio muy importante, sustituyendo en su conducta el instinto por la justicia y dando a sus acciones la moralidad que faltaba antes” (*El contrato social*, I, 8).

⁴⁷⁸ [el hombre social] hace la corte a los grandes, a los que odia, y a los ricos, a los que desprecia; no ahorra nada para tener el honor de servirles, presume orgullosamente de su bajeza y de su protección y, honrado por su esclavitud, habla con desdén de aquéllos que no tienen el honor de compartirla” (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, II).

preferible a los intereses sensibles, aparentes, y que corresponde a nuestro interés supremo y verdadero”⁴⁷⁹.

Locke considera que la libertad propia del estado de naturaleza consiste “en estar libre de cualquier poder superior sobre la tierra, y en no hallarse sometido a la voluntad o a la autoridad legislativa de hombre alguno, sino adoptar como norma exclusivamente la ley de naturaleza. La libertad del hombre en sociedad es la de no estar bajo otro poder legislativo que el que haya sido establecido por consentimiento en el seno del Estado, no bajo el dominio de lo que mande o prohíba ley alguna, excepto aquellas leyes que hayan sido dictadas por el poder legislativo de acuerdo con la misión que le hemos confiado”⁴⁸⁰.

Rousseau discrepa de esta concepción de la libertad natural, cuyo contenido y alcance no se puede formular con valor universal sino que es particular y subjetivo: “No tiene más límites que las fuerzas del individuo”⁴⁸¹. Así, pues, algunos hombres, los más débiles, serán sometidos por otros, los más fuertes, hasta que esa relación de fuerzas se invierta y aquéllos sometan a éstos⁴⁸².

Tampoco convergen en cuanto a la libertad civil, “limitada por la voluntad general”⁴⁸³ pero fundada en la justicia⁴⁸⁴ para el ginebrino, y restringida por un Parlamento burgués en el caso del escocés. En efecto, Rousseau garantiza que la vida en la sociedad política no será una forma de esclavitud porque asegura la libertad del hombre mediante el reconocimiento

⁴⁷⁹ MOREAU, J., *op. cit.*, p. 258.

⁴⁸⁰ *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §22.

⁴⁸¹ *El contrato social*, I, 10.

⁴⁸² “El más fuerte nunca lo es bastante para ser siempre el amo sino trasforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber” (*El contrato social*, I, 3).

⁴⁸³ *Ibidem*, I, 10.

“La libertad no consiste tanto en hacer lo que dicta la propia voluntad cuanto en no estar sometido a la de otro; así como en no someter la voluntad de otro a la nuestra. Ningún amo puede ser libre, y reinar es obedecer” (*Cartas desde la montaña*, VIII).

⁴⁸⁴ (...) sin la justicia la libertad es una auténtica contradicción, pues se tome como se tome, todo resulta molesto en la ejecución de una voluntad desordenada” (*ibidem*, VIII).

universal de derechos políticos, de manera que “cuantas limitaciones se pongan a su actividad emanen de su propia voluntad y como esta regularización de la voluntad humana en sociedad es la ley, se impone que toda ley sea querida por los súbditos, provenga de su voluntad, sea creada por el cuerpo social a que ha de aplicarse”⁴⁸⁵.

Rousseau sostiene que todos los ciudadanos que pretendan formar parte de la comunidad política tienen que acordar o pactar –unanimidad– transferir o enajenar todo su poder o derecho de gobernarse a sí mismos –sin ninguna reserva– a la comunidad, instituida como soberano. Este acto político les sitúa en un plano de estricta igualdad⁴⁸⁶, “condición requerida para que se unan con una voluntad común equitativa”⁴⁸⁷. En efecto, con el pacto logramos desterrar la injusticia de las leyes ya que la comunidad, de la que forman parte asociados iguales, no puede tener ningún interés en aprobar normas inicuas porque nadie quiere hacerse daño a sí mismo⁴⁸⁸. Por tanto, la ley “une derechos y deberes y lleva la justicia a su objeto”⁴⁸⁹.

“(…) una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”⁴⁹⁰.

“En fin, dándose cada cual a todos, no se da a nadie, y como no hay un asociado, sobre quien no se adquiera el mismo derecho que se le concede sobre sí, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene”⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ ARAGÜES PÉREZ, F., *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸⁶ “(…) el contrato social es un pacto de una clase particular, por el que cada uno se compromete ante todos; de donde deriva el recíproco compromiso de todos ante cada uno, que constituye el fin inmediato de la unión (*El contrato social*, I, 6).

⁴⁸⁷ ARAGÜES PÉREZ, F., *op. cit.*, p. 193.

⁴⁸⁸ “Digo que este compromiso [contrato social] es de una clase particular porque, siendo absoluto, incondicionado, sin reservas, no puede sin embargo ser injusto ni susceptible de abusos, puesto que no resulta posible al cuerpo querer perjudicarse a sí mismo, al no querer el todo sino por medio de todos” (*Cartas desde la montaña*, VI).

⁴⁸⁹ *El contrato social*, II, 6.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, I, 6.

⁴⁹¹ *Ibidem*, I, 6.

¿Cuál es el poder legítimo roussoniano? El democrático⁴⁹². Su teoría constitucional del Estado gravita sobre los principios axiológicos de la igualdad⁴⁹³ y la libertad –“fin de todo sistema de legislación”⁴⁹⁴– y el principio democrático, cifrado en el dogma de que la soberanía o voluntad general no se representa “porque siendo la voluntad algo que no se puede ceder: sería ceder la libertad, o lo que es lo mismo: renunciar a la condición humana”⁴⁹⁵. Por eso, “toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley”⁴⁹⁶.

“Digo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder es susceptible de ser transmitido, mas no la voluntad”⁴⁹⁷.

“No siendo la ley sino la declaración de la voluntad general, es claro que el poder legislativo no puede ser representado por el pueblo; pero puede y debe serlo en el poder ejecutivo, que no es sino la fuerza aplicada a la ley”⁴⁹⁸.

“Quien redacta las leyes no tiene, pues, o no debe tener, ningún derecho legislativo, y el pueblo mismo no puede, cuando quiera, despojarse de este derecho incommunicable; porque según el pacto fundamental, no hay más que voluntad general que obligue a los particulares, y no se puede jamás asegurar que una voluntad particular está conforme con la voluntad general sino después de haberla sometido a los sufragios libres del pueblo”⁴⁹⁹.

⁴⁹² “La constitución democrática es sin duda la obra maestra del arte político” (*Cartas desde la montaña*, VIII).

⁴⁹³ “La ley fundamental de vuestra constitución debe ser la igualdad” (*Proyecto de Constitución para Córcega*).

⁴⁹⁴ *El contrato social*, II, 11.

“(…) todo Estado que se pretenda legítimo se caracterizará precisamente por incorporar los principios axiológicos de libertad e igualdad a través de la Constitución al ordenamiento jurídico, y transformados así en normas jurídicas desempeñarán la función de ordenar la actividad estatal” (HERMOSA, A, “Estudio preliminar”, *Constitución de Córcega y Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, p. XV”).

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. XXI.

⁴⁹⁶ *El contrato social*, III, 15.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, II, 1.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, III, 15.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, II, 7.

La máxima política referida a que la representación nacional es estrictamente propositiva y no decisoria, expuesta en *El contrato social*, obra netamente teórica –*Principios de Derecho Político*–, es relativizada o matizada en otras obras de naturaleza práctica: *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, *Proyecto de Constitución para Córcega* y *Cartas desde la Montaña*, en las que el pragmatismo le lleva a rechazar los proyectos utópicos, pero sin llegar a compartir el modelo representativo inglés, que repudia ferozmente.

En efecto, acepta que la representación de la soberanía por los diputados conviene a las grandes naciones, pero para paliar el riesgo cierto de corrupción –perenne preocupación roussoniana y jacobina– exige que estén ligados a sus electores por medio del mandato imperativo, la rendición de cuentas de su actividad parlamentaria y mandatos breves.

“Uno de los mayores inconvenientes de los grandes Estados, el que más difícil vuelve el mantenimiento de la libertad, consiste en que en ellos el poder legislativo no puede mostrarse directamente, sino que actúa únicamente por diputación (...). Existen dos medios para prevenir ese mal terrible de la corrupción que hace del órgano de la libertad el instrumento de la servidumbre. El primero (...) es la frecuente reunión de las Dietas, que cambiando a menudo a los representantes vuelve su corrupción más costosa y difícil (...). El segundo medio consiste en forzar a los representantes a seguir escrupulosamente las instrucciones de los electores y a rendirles cuentas rigurosamente de su conducta en la Dieta. Al respecto no puede sino admirarme de la negligencia, la incuria y, oso decirlo, la estupidez de la nación inglesa; ésta, una vez armado a sus diputados con el poder supremo, no añade ningún freno mediante el que regular el uso que aquéllos harán de él en los siete años completos que dura su comisión”⁵⁰⁰.

Otras características de su teoría democrática son el republicanismo⁵⁰¹ y la primacía, nítida diferenciación funcional y control jurídico-político de la

⁵⁰⁰ *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, VII.

⁵⁰¹ “Llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, sea la forma de administración que sea; porque entonces solamente gobierna el interés público y la cosa pública es algo. Todo gobierno legítimo es republicano: (...) todo gobierno guiado por la voluntad general, que es ley. Para ser legítimo, no es preciso que el gobierno se confunda con el soberano, sino que sea un ministro: entonces la monarquía misma es república” (*El contrato social*, II, 6).

“(...) un poder legítimo [está] sometido a las leyes de las que recibe su ser” (*El Emilio*, V).

voluntad general⁵⁰² respecto al gobierno asambleario⁵⁰³: derecho de representación⁵⁰⁴, modificación de la forma de gobierno y revocación de los funcionarios y cargos públicos.

“La [apertura] de las asambleas periódicas (...), que no tienen por objeto sino el mantenimiento del tratado social, debe siempre hacerse por dos proposiciones, que no se puedan nunca suprimir y que sean objeto del sufragio separadamente:

Primera: «Si place al soberano conservar la presente forma de gobierno»

Segunda: «Si place al pueblo dejar la administración a los que actualmente están encargados de ella»⁵⁰⁵.

El ginebrino es perfectamente consciente de la inviabilidad operativa y de la incapacidad del conjunto de ciudadanos de elaborar o redactar el texto articulado de las leyes. Esta función pública se la atribuye a los legisladores. ¿Quiénes son? “Hombres extraordinarios” por su inteligencia y sabiduría⁵⁰⁶. Esta actividad tiene una naturaleza singular, es un *tertius genus*: “(...) no es de magistratura, no es de soberanía. La establece la república pero no entra en su constitución; es una función particular y superior que no tiene nada de común

⁵⁰² “Consiste en hacer que todos los ciudadanos se sientan constantemente bajos los ojos del público, que nadie avance o llegue si no es por medio del favor del público, que ningún cargo, ningún empleo se ocupe si no por deseo de la nación, y que, en fin, si fuese posible, desde el último noble, incluso desde el último campesino hasta el rey, todos dependiesen hasta tal punto de la estima pública que nada se pudiese hacer, nada adquirir y llegar a nada sin ella” (*Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, XII).

⁵⁰³ “El poder legislativo consiste en dos cosas inseparables: hacer las leyes y mantenerlas, es decir: ejercer el control del poder ejecutivo. No hay en el mundo ningún Estado donde el soberano no posea tal control” (*Cartas desde la montaña*, VII).

“(...) qué mejor gobierno que aquél cuyas partes se equilibran perfectamente entre sí, donde los particulares no pueden trasgredir las leyes porque están sometidos a los jueces, y donde tampoco los jueces pueden hacerlo al estar vigilados por el pueblo” (*ibidem*, VIII).

⁵⁰⁴ Facultad popular de presentar quejas o denuncias contra los magistrados y funcionarios, así como de juzgarlos en tribunales populares.

“El derecho de representación (...) es el único medio posible de unir la libertad a la subordinación, y de mantener al magistrado en la dependencia de las leyes sin alterar su autoridad sobre el pueblo” (*Cartas desde la montaña*, VIII).

⁵⁰⁵ *El contrato social*, III, 18.

⁵⁰⁶ “El legislador, siempre presente, ve los efectos o los abusos de sus leyes: ve si se las obedece o se las trasgrede, si se las interpreta de buena o mala fe; las vigila, las debe vigilar; para lo que está en su derecho, lo que es su deber, lo que juró incluso. Deber que cumple en sus representaciones, y que consiguientemente, ejerce por derecho” (*Cartas desde la montaña*, VIII).

con el imperio humano”⁵⁰⁷. De esta caracterización concluimos que los legisladores no representan al soberano:

“Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; no son sino sus comisarios, no pueden acordar nada definitivamente”⁵⁰⁸.

El gobierno, institución política encargada de ejecutar e interpretar las leyes⁵⁰⁹, se articula por medio de la institución representativa: “Esto no es absolutamente nada más que una comisión, un empleo, en el cual, como simples oficiales del soberano, ejercen en su nombre el poder, del cual les ha hecho depositarios, y que puede limitar, modificar y volver a tomar cuando le plazca. La enajenación de tal derecho, siendo incompatible con la naturaleza del cuerpo social, es contraria al fin de la asociación”⁵¹⁰. El soberano, titular de los poderes públicos, debe ser preferiblemente representado en el poder ejecutivo por un grupo de personas⁵¹¹.

El pacto social es la Constitución del Estado y determina la autoridad que va a ejercer el poder legislativo. Así lo declara Locke: “La primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del poder legislativo”⁵¹².

“(…) la constitución del poder legislativo, al ser el acto original y supremo de la sociedad, anterior a toda ley positiva dictada en dicha

⁵⁰⁷ *El contrato social*, II, 7.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, III, 15.

⁵⁰⁹ “Un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto política como civil” (*ibidem*, III, 1).

“Es tarea del legislador, del redactor de las leyes, no dejar pasar los términos equívocos. Cuando lo son, es tarea del magistrado fijar su sentido en la práctica; si la ley tiene diversos sentidos, se vale de su derecho optando por el que le gusta. Pero ese derecho no va tan lejos como para autorizarle a cambiar el sentido literal e infundirle uno que no tiene; de ser así toda ley dejaría de existir” (*Cartas desde la montaña*, VIII).

⁵¹⁰ *El contrato social*, III, 1.

⁵¹¹ “Es necesario tener bien presente que la constitución del Estado y la del gobierno son dos cosas enteramente diversas, y que yo no he confundido. El mejor de los gobiernos es el aristocrático, la peor de las soberanías es la aristocrática” (*Cartas desde la montaña*, VI).

⁵¹² *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §134.

sociedad, y dependiente de la totalidad del pueblo, no puede ser alterada por un poder inferior. Y así, una vez que el poder legislativo ha sido constituido, se piensa que el pueblo está ya incapacitado para procurar solución alguna, al no tener poder para actuar, como ya hemos dicho, mientras el gobierno establecido continúe vigente”⁵¹³.

¿Quién ejerce el poder supremo del Estado? El iusnaturalismo racionalista gravita sobre el principio de soberanía nacional, por lo que se impone la respuesta: el pueblo determina libremente en quién o quiénes delega el ejercicio de la potestad legislativa⁵¹⁴.

Aquí los caminos ideológicos se bifurcan de nuevo. Locke se decanta abiertamente por un cuerpo de magistrados elegido por el pueblo para que asuma de forma exclusiva y excluyente la facultad de aprobar leyes⁵¹⁵. Recurre a la representación de la soberanía y a la relación fiduciaria que une a los representantes con la comunidad⁵¹⁶. Para Rousseau la respuesta es única: el pueblo.

“La soberanía no puede representarse, por la misma razón que no puede enajenarse; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es la misma o es otra, y en esto no hay punto medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; no son sino sus comisarios que nada pueden concluir definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula, no es una ley. El pueblo

⁵¹³ *Ibidem*, §157.

⁵¹⁴ “Sólo el pueblo puede determinar el tipo de Estado, lo cual hace constituyendo el poder legislativo e indicando en qué manos ha de estar. Y cuando el pueblo ha dicho: «Nos someteremos a las reglas, y seremos gobernados por las leyes que hagan estos hombres y de esta manera», nadie podrá ya decir que serán otros los hombres que hagan leyes para ellos; y tampoco estará el pueblo obligado por ley alguna, excepto por aquéllas que hayan sido dictadas por quienes tienen su autorización para legislar” (*ibidem*, §141).

⁵¹⁵ “Este poder legislativo no sólo es el poder supremo del Estado (*Commonwealth*), sino que también es sagrado e inalterable, una vez que está ya en las manos a las que la comunidad lo haya entregado; y ningún edicto de nadie, comoquiera que sea concebido, o cualquiera que sea el poder que lo respalde, tendrá la fuerza y la obligación de una ley, si no ha sido sancionado por los magistrados de la legislatura que el pueblo ha escogido o nombrado” (*ibidem*, §134).

“Porque al ser la intención y el interés del pueblo el estar justa y equitativamente representado, todo aquél que procure que la representación se aproxime lo más posible a esta equidad será un amigo del pueblo y estará cooperando con el gobierno; y no podrá perder el apoyo y la aprobación de la comunidad” (*ibidem*, §158).

⁵¹⁶ Cfr. *ibidem*, §149 y §157.

inglés piensa ser libre y se engaña; no lo es más que durante la elección de los miembros del Parlamento; una vez elegidos, es esclavo. En los cortos momentos de su libertad, el uso que hace de ella bien merece que la pierda”⁵¹⁷.

Locke es el padre del principio de división de poderes⁵¹⁸; distingue tres poderes públicos en la estructura institucional del Estado: legislativo, ejecutivo y federativo. Este principio no implica la ruptura de la unidad de la soberanía, ¿por qué? Por la distinción que vislumbró Bodino⁵¹⁹ y perfilaron los filósofos revolucionarios franceses entre titularidad y ejercicio de la soberanía: forma de Estado y forma de gobierno respectivamente.

La titularidad de la soberanía reside en el pueblo o nación, pero la institucionalización del gobierno representativo confiere su ejercicio a diputados, gobernantes y jueces, que ejercen funciones públicas en nombre del pueblo. El soberano retiene la titularidad de la soberanía, pero no es nuda sino que está dotada de contenido, ¿cuál? La posibilidad de revocar a los cargos públicos, elegidos directamente por el pueblo, durante su mandato cuando por acción u omisión perjudiquen u obstaculicen el fin de la sociedad.

⁵¹⁷ *El contrato social*, III, 15.

⁵¹⁸ “(...) una ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común, como norma de lo bueno y de lo malo, y como criterio para decidir entre las controversias que surgieran entre los hombres; “(...) un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos entre los hombres, según la ley establecida; “(...) un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §124, §125 y §126).

⁵¹⁹ “Si la mayoría de los ciudadanos es soberana pero el pueblo concede cargos honorarios, privilegios y beneficios solamente a los nobles, como hizo Roma hasta la ley Canuleya, se tendrá una democracia con gobierno aristocrático; si en cambio el poder está en manos de la nobleza o de los ricos, que son minoría, y los cargos, los honores y los beneficios son conferidos por los señores indiferentemente tanto a los ciudadanos pobres y humildes como a los ciudadanos ricos, sin privilegios particulares para alguien, se tendrá una aristocracia con gobierno democrático. Más aún: si todo el pueblo o la mayoría de él tiene la soberanía y confiere cargos y beneficios a todos sin privilegios particulares, o incluso los cargos son distribuidos entre todos los ciudadanos bajo el sistema de sorteo, se podrá afirmar que no sólo el régimen de aquel Estado es democrático, sino también su gobierno” (*Los seis libros de la República*, II, 7).

La teoría política lockiana no preconiza la soberanía del parlamento sino del pueblo. Hace compatibles la supremacía del parlamento, titular del ejercicio de la soberanía, con el principio de soberanía nacional o popular mediante el instituto revocatorio.

Locke se opuso a la soberanía del parlamento porque implicaba una alienación de la soberanía popular durante el mandato. Si no se reconoce el derecho político de revocar la delegación popular de la potestad legislativa conferida a los diputados se vacía el concepto de soberanía nacional: la titularidad de la nación pasa a ser esencialmente formal o nominal, sólo ejercida sustantivamente el día de las elecciones.

¿Cuál es el peligro? Que deja inermes a los ciudadanos frente a la hipotética tiranía de la legislatura, lo cual socava el derecho natural, cuya ley primera es la preservación de la vida, la libertad y los bienes de los hombres.

“(..) la comunidad conserva siempre un poder supremo de salvarse a sí misma frente a posibles amenazas e intenciones maliciosas provenientes de cualquier persona incluso de los legisladores mismos; pues puede ocurrir que éstos sean tan insensatos o tan malvados como para planear y llevar a cabo proyectos que vayan contra la libertad y propiedad de los súbditos”⁵²⁰.

¿La legislatura tiene un poder absoluto o limitado? Locke justifica los límites del ejercicio del poder legislativo apelando al principio de soberanía nacional, a la teleología de la sociedad civil y al derecho natural:

“[el poder legislativo] no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo; pues al tratarse de un poder compartido por cada miembro de la sociedad, y entregado a la persona o asamblea legisladora no puede llegar a ser mayor que el que esas personas tenían en el estado de naturaleza, es decir, antes de entrar en sociedad y antes de que concedieran dicho poder a la comunidad. Porque nadie puede transferir a otro más poder del que tiene, y nadie tiene un absoluto y arbitrario poder sobre sí mismo, ni un poder de destruir su propia vida ni de quitar la vida o las propiedades de otro. Un hombre (...) no puede someterse al poder arbitrario de otro; sino sólo el que la ley de naturaleza le

⁵²⁰ *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §149.

ha dado a fin de preservarse a sí mismo y al resto de la humanidad, esto es todo lo que puede entregar a la comunidad y, a través de ella, al poder legislativo. El poder de los legisladores, aún en su máximo grado, está limitado a procurar el bien público de la sociedad. Es un poder que no tiene más fin que el de la preservación; y, por lo tanto, jamás puede tener el derecho de destruir, esclavizar o empobrecer premeditadamente a los súbditos”⁵²¹.

¿Qué puede hacer el pueblo en el caso de que la legislatura quebrante los límites de su poder? Puede revocarla total o parcialmente. Locke lo expresa con gran lucidez: “Aunque en un Estado constituido que está propiamente fundamentado y que actúa de acuerdo con su naturaleza, es decir, que actúa para la preservación de la comunidad, sólo puede haber un poder supremo que es el legislativo y al cual todos los demás deben estar subordinados, sucede, sin embargo, que al ser éste un poder fiduciario, con el encargo de actuar sólo para ciertos fines, el pueblo retiene todavía el supremo poder de disolver o de alterar la legislatura, si considera que la actuación de ésta ha sido contraria a la confianza que se depositó en ella”. La comunidad, por tanto, puede “retirar la confianza que había puesto en quienes tenían la misión de cumplirlo [el fin público]; y así, el poder volverá a manos de aquéllos que lo concedieron, los cuales podrán disponer de él como les parezca más conveniente”⁵²².

Para los liberales whig la voluntad general es subjetiva: “la voluntad de todos representada por la voluntad de la mayoría”⁵²³. Nótese que la mención “todos” se refiere exclusivamente a los sectores acaudalados de la sociedad⁵²⁴ y que la expresión “voluntad de la mayoría” hay que entenderla como de la mayoría parlamentaria.

⁵²¹ *Ibidem*, §135.

⁵²² *Ibidem*, §149.

⁵²³ ARAGÜES PÉREZ, F., *op. cit.*, p. 118.

⁵²⁴ “(...) el interés privado tiende siempre a las preferencias y el público a la igualdad” (*El Emilio*, V).

Rousseau y sus epígonos jacobinos rechazan la concepción subjetiva de la voluntad general que la identifica con voluntad de todos⁵²⁵. Postulan un concepto objetivo o normativo de voluntad general, y, por tanto, preexistente al acto de votación, cuya naturaleza es meramente declarativa de la voluntad general⁵²⁶.

“(…) [Rousseau] considera el procedimiento de votación, no como acto de decisión performativo sino constatativo, como expresión (o adivinación) de la voluntad general (que queda así sustancializada en algo que *preexiste* a la votación).

Llama la atención el paralelismo entre esta sustanciación de la voluntad general y la noción religiosa de predestinación: en el caso de esta última, el destino queda también sustancializado en una decisión que precede al proceso, de forma que lo que está en cuestión en las actividades de los individuos no es construir performativamente su destino, sino descubrir (o adivinar) su destino preexistente⁵²⁷.

En el *Discurso sobre economía política* el ginebrino explicita los contornos de la voluntad general: “(…) la voluntad general está siempre a favor del partido que más defiende el interés público, es decir, el más equitativo, de suerte que basta con ser justo para tener la certeza de cumplir la voluntad general⁵²⁸. En *El contrato social* reitera esta idea: “(…) la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública⁵²⁹”.

⁵²⁵ “Hay, con frecuencia, bastante diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general. Ésta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra se refiere al interés privado, y no es sino una suma de voluntades particulares. Pero quitad de estas mismas voluntades el más y el menos, que se destruyen mutuamente, y queda como suma de las diferencias la voluntad general” (*El contrato social*, II, 3).

⁵²⁶ “Cuando se propone una ley a la asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es precisamente si aprueba la proposición o la rechaza, sino si es conforme o no a la voluntad general, que es la suya, dando cada uno su sufragio, dice su opinión, y del cálculo de los votos se deduce la declaración de la voluntad general. Por tanto, cuando la opinión contraria vence a la mía, no se prueba otra cosa sino que yo me había equivocado, y que lo que yo consideraba como voluntad general no lo era. Si mi opinión particular hubiese vencido, habría hecho otra cosa de lo que había querido, y entonces es cuando no hubiese sido libre” (*ibidem*, IV, 2).

⁵²⁷ ŽIŽEK, S., *Robespierre. Virtud y terror*, Madrid, 2010, p. 27.

⁵²⁸ *Discurso sobre economía política*, I.

⁵²⁹ *El contrato social*, II, 3.

El ideal político roussoniano es que la voluntad general –“fuente y suplemento de toda ley”⁵³⁰–, cifrada en la justicia, el interés común y la utilidad pública, se plasme en la sociedad por medio de la ley⁵³¹. Rousseau es consciente de las dificultades para que la voluntad general emerja de las entrañas de los hombres donde mora sepultada por sus intereses particulares.

Así, pues, los ciudadanos pueden declarar o constatar erróneamente mediante su voto la conformidad de una norma propuesta por la legislatura con la voluntad general, a causa del engaño y la manipulación perpetrados por los enemigos del pueblo: facciones que sólo protegen sus intereses particulares en perjuicio de los generales o del bien común⁵³².

“La voluntad general es siempre recta; más el juicio que la guía no siempre es claro. Es preciso hacerle ver los objetos tal como son, y algunas veces tal como deben parecerle; mostrarle el buen camino que busca; librarle de las seducciones de las voluntades particulares; aproximar a sus ojos los lugares y los tiempos; contrarrestar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos necesitan igualmente guías”⁵³³.

¿Cómo se consigue que la mayoría abandere la voluntad general, es decir, que posterguen sus intereses particulares o de facción –en tanto que

⁵³⁰ *Discurso sobre economía política*, I.

⁵³¹ “Es una declaración pública y solemne de la voluntad general sobre un objeto de interés común” (*Cartas desde la montaña*, VI).

⁵³² “Si cuando un pueblo delibera, una vez suficientemente informado, no mantuviesen los ciudadanos ninguna comunicación entre sí, del gran número de las pequeñas diferencias resultaría la voluntad general y la deliberación sería siempre buena. Mas cuando se desarrollan intrigas y se forman asociaciones parciales a expensas de la asociación total, la voluntad de cada una de estas asociaciones se convierte en general, con relación a sus miembros, y en particular con relación al Estado; entonces no cabe decir que hay tantos votantes como hombres, sino solamente como asociaciones. Finalmente, cuando una de estas asociaciones es tan grande que domina a todas las demás, no tendrá como resultado una suma de pequeñas diferencias sino una diferencia única; entonces no hay ya voluntad general, y la opinión que domina es tan solo una opinión particular” (*El contrato social*, II, 3).

⁵³³ *Ibidem*, II, 6.

hombres– y secunden con sus sufragios –en tanto que ciudadanos– las leyes que expresan o declaran la voluntad general? Haciendo hombres virtuosos⁵³⁴.

“La primera y más importante máxima del gobierno legítimo y popular, es decir, del que tiene por objeto el bien del pueblo, es, por tanto, la de guiarse en todo por la voluntad general. Pero para seguirla es necesario conocerla y sobre todo distinguirla de la voluntad particular, comenzando por uno mismo; distinción siempre difícil de hacer y para la cual sólo la más sublime virtud puede proporcionar luces suficientes. Como para querer hace falta ser libre, otra dificultad no menor consiste en asegurar a la vez la libertad pública y la autoridad del gobierno”⁵³⁵.

¿Cómo se consiguen hombres virtuosos? Mediante la educación gratuita e igualitaria⁵³⁶, el ejemplo y el amor a la patria, es decir, “a las leyes y a la libertad”⁵³⁷.

“Si los niños son educados en común según el principio de la igualdad, se les inculcan las leyes del Estado y las máximas de la voluntad general, se les instruye para que las respeten por encima de todo, se ven rodeados de ejemplos y objetos que les hablen sin cesar de la tierra madre que los alimenta, del amor que ella les dispensa, de los inestimables bienes que de ella reciben y de la compensación que le deben, sin duda se amarán mutuamente como hermanos, jamás desearán otra cosa que lo que la sociedad desee, sustituirán por hazañas de hombres el vano e inútil parloteo de los sofistas y se convertirán un día en defensores y padres de la patria de la que durante tanto tiempo fueron hijos”⁵³⁸.

La teoría política lockiana afirma que en el estado de naturaleza no se puede preservar la propiedad por el incumplimiento de la ley de la naturaleza,

⁵³⁴ “(...) haced que todas las voluntades a ella [voluntad general] se orienten; y, como la virtud no es otra cosa que la conformidad de la voluntad particular a la general, lo mismo da decir solamente: haced que reine la virtud” (*Discurso sobre economía política*, II).

⁵³⁵ *Ibidem*, I.

⁵³⁶ “No soy partidario de esa distinción entre colegios y academias que motiva una educación distinta y separada de la nobleza rica y de la pobreza pobre. Siendo todos constitucionalmente iguales, todos deben ser educados conjuntamente y de la misma manera, y si no puede establecerse una educación pública enteramente gratuita al menos sí será necesaria ponerla a un precio asequible a los pobres” (*Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, IV).

⁵³⁷ *Ibidem*, IV.

⁵³⁸ *Ibidem*, II.

la autotutela y la ausencia de una autoridad que garantice el cumplimiento de la ley y de las sentencias judiciales.

¿Cómo se protege? El contrato social, fundado en el libre consentimiento de los asociados, implica la renuncia de cada persona “a su poder ejecutivo de la ley natural y que lo haya cedido al poder público”⁵³⁹. De esta forma se crea una autoridad o potestad común –la comunidad o sociedad política⁵⁴⁰– a la que se someten todos. La institución *ex novo* y voluntaria de un poder público, que procede de forma alícuota de cada uno de los firmantes del pacto, es lo que inaugura y califica a la sociedad política y lo que la singulariza respecto al estado de naturaleza, en el que permanecerán los hombres que se sustraigan al pacto social.

“(…) la comunidad viene a ser un árbitro que decide según normas y reglas establecidas, imparciales y aplicables a todos por igual, y administradas por hombres a quienes la comunidad ha dado autoridad para ejecutarlas. Y de este modo, la comunidad decide las diferencias que puedan surgir entre sus miembros en cuestiones de derecho, y castiga aquellas ofensas que algún miembro haya cometido contra la sociedad, con las penas que la ley haya estipulado”⁵⁴¹.

¿Cuál es el fin o fundamento de la sociedad política? En innumerables pasajes del *Segundo tratado sobre el gobierno civil* Locke afirma que la dimensión teleológica del gobierno es proteger la vida, la libertad y los bienes de los individuos⁵⁴², lo que denomina con el nombre genérico de *propiedad*⁵⁴³. Sin

⁵³⁹ *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, § 89.

“Los poderes de los hombres en el estado de naturaleza son esencialmente dos: hacer todo lo que le parezca oportuno para la preservación de sí mismo y de los demás, dentro de los límites que fija la ley de la naturaleza; el poder de juzgar y castigar los crímenes cometidos contra esa ley. Estos dos poderes son a los que tiene que renunciar cada hombre para abandonar la comunidad natural y universal de la especie humana para integrarse en sociedades pequeñas y particulares que son las comunidades políticas (*ibidem*, §128).

⁵⁴⁰ “Aquéllos que están unidos en un cuerpo y tienen establecida una ley común y una judicatura a la que apelar, con autoridad para decidir entre las controversias y castigar a los ofensores, forman entre sí una Sociedad Civil” (*ibidem*, §87).

⁵⁴¹ *Ibidem*, §87.

⁵⁴² Cfr. *ibidem*, §85, §123, §209 y §221.

embargo, siguiendo a Severo Chumbita⁵⁴⁴, hay que poner de manifiesto que la propiedad *stricto sensu* –titularidad de bienes de producción– tiene un valor preponderante en la teoría política lockiana. En efecto, si analizamos su obra científica podemos sostener que los no propietarios forman parte de la comunidad política, en tanto que han conferido –como los propietarios– su poder particular a la comunidad y están sometidos igualmente a las leyes que aprueben los representantes⁵⁴⁵. Sin embargo, no pueden participar en la elección de los diputados ni postularse para cargos públicos porque Locke hace depender la asignación o el disfrute de los derechos políticos al dominio.

El término propiedad es utilizado de forma ambigua en el *Segundo tratado*. Hay una miríada de pasajes en los que expresamente refiere que el objeto del poder público es la protección del dominio, obviando intencionadamente los otros dos⁵⁴⁶, que sí cita en otras ocasiones. Por otra parte, cuando Locke afirma el derecho de la comunidad a elegir sus representantes no aclara si aboga por el sufragio universal o censitario, lo que nos lleva a concluir que no tiene una posición contraria a la imperante en la Inglaterra de finales del XVII, es decir, censitario, porque de lo contrario la habría expresado, como sí hicieron los *Levellers*⁵⁴⁷.

Coetáneamente con la publicación del *Segundo Tratado* vio la luz *Algunas consideraciones sobre la disminución del interés*, en la que Locke justifica la limitación

⁵⁴³ Cfr. “(...) no sin razón está [el hombre] deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de «propiedad»” (*ibidem*, §123).

⁵⁴⁴ Cfr. SEVERO CHUMBITA, J., “Apropiación privada de la tierra y derechos políticos en la obra de John Locke”, *INGENUM. Revista de historia del pensamiento moderno*, N° 7, 2013.

⁵⁴⁵ “[el poder legislativo] tiene que gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*, §142).

⁵⁴⁶ Cfr. *ibidem*, §85, §87, §131, §138, §139-140, §142, §171, §222 y §240.

⁵⁴⁷ Cfr. *The Levellers. Los debates de Putney*, presentación de Marco Revelli y traducción de María Hurtado Mirón, Madrid, 2010.

de derechos políticos: el nudo de las discusiones parlamentarias son las actividades productivas y el vulgo carece del tiempo libre necesario para formarse en esas materias que le son ajenas.

“Esta tensión y competencia se producen habitualmente entre el propietario de tierra y el comerciante. Como la cuota de dinero que comparte el trabajador rara vez supera la mera subsistencia, nunca brinda tiempo ni oportunidad a ese grupo de hombres para dirigir sus pensamientos más allá de eso o para pelear junto con los que son más ricos que ellos por la suya [su parte] (como un interés común), salvo cuando un gran problema común que los une en una agitación universal les hace dejar de lado el respeto y les da coraje como para ayudarse en sus necesidades con una fuerza poderosa, entonces, a veces caen sobre los ricos y arrasan con todo como un diluvio. Pero esto raramente sucede salvo cuando existe una mala o engañosa administración por parte de gobiernos negligentes”⁵⁴⁸.

En la *Constitución Fundamental de Carolina* (1669) preconiza un Estado representativo de corte aristocrático o estamental, en el que hay una pluralidad de parlamentos distritales en los que los “señores propietarios” y los barones tenían asegurada la mayoría, mientras que la representación de los colonos –pequeños propietarios– se materializaba por medio del sufragio censitario. La función política de estas asambleas era meramente propositiva ya que las leyes las aprobaba el Gran Consejo, con idéntica composición a los parlamentos distritales. Los no propietarios, por tanto, no eran titulares de derechos políticos ni podían ejercer ningún cargo público.

“La Constitución estipula a su vez que aquél que se postule como agente o suboficial de policía de una colonia debe contar con cien acres de tierra. La postulación a juez y administrador en la corte del distrito demanda contar con trescientos acres. Para apelar el fallo de esta corte y ser recibido en la corte del condado (ordenamiento jurídico superior al del distrito local), se estipula el pago de cincuenta libras. Ser jurado de la corte de distrito requiere poseer cincuenta acres de tierra en propiedad libre; ser jurado de la corte del condado la posesión de al menos trescientos acres; ser jurado de la corte del Señor Propietario exige poseer quinientos acres. Postularse como representante del parlamento del distrito a las bancas destinadas a los colonos (la mayoría se haya ya garantizada para los Señores Propietarios y representantes de la nobleza), requiere contar con al menos quinientos

⁵⁴⁸ LOCKE, *Escritos monetarios*, 118, citado por SEVERO CHUMBITA, J., *op. cit.*, p. 209.

acres. Votar en la elección de estos representantes de los colonos, demanda la posesión libre de al menos cincuenta acres”⁵⁴⁹.

¿Cuál es el fundamento o la razón de ser de la sociedad política para Rousseau? La garantía y protección jurídica de la igualdad y la libertad, principios cardinales del orden social: “La libertad porque toda dependencia particular es otro tanto de fuerza quitada al cuerpo del Estado; la igualdad porque la libertad no puede subsistir sin ella”⁵⁵⁰. Así, pues, la igualdad es un *prius* lógico-racional para que un pueblo sea libre y no lo será mientras el estatuto jurídico-político no sea común para todas las personas.

¿Qué entiende por igualdad? “No debe entenderse que los grados de poder y riqueza sean absolutamente los mismos, sino que, en cuanto al poder, esté por encima de toda violencia y no se ejerza nunca sino en virtud del rango y de las leyes, y, en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea bastante opulento para poder comprar a otro y ninguno sea bastante pobre para necesitar venderse”⁵⁵¹.

Este modelo de igualdad pretende combatir la desigualdad moral o política⁵⁵²: categoría artificial que procede de la convención humana: ley. No existe en el derecho natural, en el que sólo se reconocen desigualdades físicas impuestas por la naturaleza⁵⁵³. ¿Cuál es la causa de la desigualdad entre los

⁵⁴⁹ *Constitución Fundamental de Carolina*, §91, §67, §68, §71 y §72, citado en *ibidem*, p. 198.

⁵⁵⁰ *El contrato social*, II, 11.

⁵⁵¹ *Ibidem*, II, 11.

⁵⁵² “(...) consiste en diferentes privilegios de los que algunos disfrutaban en detrimento de los demás, tales como ser más ricos, más honorables, más poderosos que ellos, o incluso hacerse obedecer” (*Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, I).

⁵⁵³ “(...) la desigualdad moral, autorizada únicamente por el derecho positivo, es contraria al derecho natural, toda vez que no ocurre en la misma proporción con la desigualdad física; distinción que determina suficientemente lo que se debe pensar, en lo que a esto respecta, de la clase de desigualdad que reina entre todos los pueblos legislados; puesto que manifiestamente va en contra de la ley natural, cualquiera que sea la forma en que se defina ésta, que un niño gobierne a un anciano, que un tonto dirija a un hombre sabio y que un puñado de personas rebose de superficialidades mientras que la multitud hambrienta carece de lo necesario” (*ibidem*, II).

hombres? La propiedad y la ley⁵⁵⁴. Por tanto, el paradigma de igualdad que preconiza el ginebrino tiene que fundamentarse en un nuevo concepto de ley: expresión de la voluntad general y de la justicia, y una noción limitada del derecho de propiedad, que se encuentra en las antípodas del derecho absoluto e intangible del liberalismo whig.

Rousseau parte de la consideración de que “el derecho de propiedad es el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos, y es más importante, en ciertos aspectos, que la misma libertad bien sea porque tiende más directamente a la conservación de la vida, bien sea porque, como los bienes son más fáciles de usurpar y más difíciles de defender que la persona, debe respetarse más lo que es más fácil de arrebatar; bien sea, en fin, porque la propiedad es el verdadero garante de los compromisos de los ciudadanos, pues si los bienes no respondiesen de las personas, sería muy fácil eludir los deberes y mofarse de las leyes”⁵⁵⁵.

Como vemos el ginebrino tiene un alto concepto del derecho de propiedad, es más, lo considera incluso “el fundamento del pacto social, cuya primera condición es que todos sean mantenidos en el pacífico disfrute de sus pertenencias”⁵⁵⁶. Sin embargo, se rebela contra la desigualdad entre ricos y pobres –al contrario que Locke que la asume como natural– porque es el germen de la tiranía:

“¿Pretendéis, pues, dar al Estado vigor? Aproximad los grados extremos todo lo posible: no sufráis gentes opulentas ni menesterosas. Estos dos estados, naturalmente inseparables, son igualmente funestos al bien común: de uno salen los fautores de la tiranía y de otro los tiranos; entre ellos se

⁵⁵⁴ “La desigualdad, al ser casi nula en el estado natural, saca su fuerza y su crecimiento del desarrollo de nuestras facultades y de los progresos del espíritu humano, y llega a ser finalmente estable y legítima por el establecimiento de la propiedad y de las leyes” (*ibidem*, II).

⁵⁵⁵ *Discurso sobre economía política*, III.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, III.

hace siempre el tráfico de la libertad pública, el uno la compra y el otro la vende”⁵⁵⁷.

¿Cómo la combate? Mediante la educación en el principio de igualdad y por medio de la intervención pública en la vida económica y social. Las principales obligaciones del Estado son las siguientes: formar ciudadanos – hombres virtuosos– mediante la educación pública⁵⁵⁸, protegerlos y “cuidar de su subsistencia” sin preterir la obligación de todo ciudadano de trabajar⁵⁵⁹. Aquí podemos vislumbrar ya la idea de Estado social, en la que incidirán los jacobinos, y que florecerá dos siglos después en Europa.

“Así pues, uno de los más importantes asuntos del gobierno consiste en prevenir la extrema desigualdad de las fortunas, pero no incrementando los tesoros de los que los poseen, sino impidiendo por todos los medios que los acumulen; tampoco construyendo hospitales para pobres, sino preservando a los ciudadanos de caer en la pobreza. La desigual distribución de los hombres en el territorio, con aglomeración en un lugar y despoblación en otro; el fomento de las artes de diversión y de pura industria a expensas de los oficios útiles y penosos; el sacrificio de la agricultura al comercio; la necesidad del ciudadano por la mala administración de los dineros del Estado; en fin, la extrema venalidad que supone medir el respeto con los doblones y comprar con dinero la virtud misma: tales son las causas más apreciables de la opulencia y la miseria, de la sustitución del interés público por el particular, del odio mutuo entre ciudadanos, de su indiferencia por la causa común, de la corrupción del pueblo y del debilitamiento de todos los recursos del gobierno; males todos, difíciles de sanar cuando aparecen pero que deben ser prevenidos por una buena administración a fin de mantener las buenas costumbres, el respeto a las leyes, el amor a la patria y el vigor de la voluntad general”⁵⁶⁰.

El éxito de estos compromisos está indisolublemente ligado al sostenimiento colectivo de los gastos públicos. La riqueza general del país ha de ser redistribuida por el Estado para cubrir las necesidades de los

⁵⁵⁷ *El contrato social*, II, 11, nota 1.

⁵⁵⁸ “La educación pública (...) constituye una de las principales máximas del gobierno fundamental o legítimo” (*Discurso sobre economía política*, II).

⁵⁵⁹ “Este deber no consiste, como pudiera parecer, en llenar los graneros de los particulares y en dispensares de trabajar, sino en mantener la abundancia a su alcance de tal modo que para adquirirla, el trabajo sea siempre necesario y jamás inútil” (*ibidem*, III).

⁵⁶⁰ *Ibidem*, II.

ciudadanos. ¿Qué sistema impositivo propone el ginebrino? En primer lugar recordemos que el contrato social es la Ley Fundamental de la nación y que para Rousseau encierra la obligación general de contribuir al sostenimiento público, pero no de forma voluntaria sino que será la voluntad general la que determine, siguiendo un criterio proporcional, la cuota impositiva a satisfacer por cada asociado⁵⁶¹.

El ginebrino siente una justificada predilección por la tasa personal o por cabeza frente a la imposición real por ser “la más equitativa y, por consiguiente, la que más conviene a los hombres libres”. ¿Qué criterios fija para determinar la contribución individual? Se refiere a tres tipos de relaciones que se desenvuelven en el medio social. La primera: “la relación de cantidades” que aplica una proporcionalidad exacta: quien tenga 100 pagará diez veces más que el que tenga 10. Sin embargo, ésta no es suficiente porque “la avaricia, el crédito y el fraude saben eludir incluso la evidencia”, de modo que implementa dos más tratando de alcanzar el objetivo de la equidad del impuesto. La segunda: “la relación de usos” diferencia los bienes necesarios de los superfluos, la justificación roussoniana es sumamente sugestiva:

“Quien simplemente posee lo necesario no deberá pagar nada; la tasa del que tiene algo superfluo puede igualarse, si es preciso, a la suma total de lo que exceda de sus bienes necesarios. Ante esto, el último dirá que, dado su rango, lo que es superfluo para un hombre inferior es necesario para él; pero es mentira, porque un Grande tiene dos piernas como tiene un vaquero, y como él, tan solo tiene un vientre. Además, ese pretendido necesario es tan poco necesario para su rango que, si supiese renunciar a él para un fin loable, sólo merecería el respeto. El pueblo se arrodillaría ante

⁵⁶¹ “Verdad es que, según este mismo tratado [pacto social], cada cual se obliga, al menos tácitamente, a cotizar en las necesidades públicas; mas como dicho compromiso no puede perjudicar a la ley fundamental y presupone que los contribuyentes reconocen la evidencia de la necesidad, resulta que, para ser legítimo, debe ser voluntario, y no mediante voluntad particular, como si fuera necesario el consentimiento de cada ciudadano de modo que cada cual pudiese aportar lo que quisiera, lo cual iría directamente en contra del espíritu de la confederación, sino mediante voluntad general, por pluralidad de votos y en razón de una tarifa proporcional que impida la imposición arbitraria” (*ibidem*, III).

un ministro que acudiese a pie al consejo por haber tenido que vender sus carrozas ante una urgente necesidad del Estado”⁵⁶².

En tercer lugar alude a un singular tipo de relación que sólitamente no es tenido en cuenta en los sistemas tributarios: “las utilidades que todos obtienen de la confederación social”. Los beneficios que cada uno de los ciudadanos obtiene de la sociedad política son perfectamente asimétricos. Por ello, acuña un nuevo hecho impositivo sujeto a tributación por parte de los estamentos próceres: los derechos del hombre rico.

“(…) la confederación social protege fuertemente las inmensas propiedades del rico y apenas le permite al miserable disfrutar de la cabaña que el mismo construyó con sus propias manos ¿No son para los poderosos y los ricos todas las ventajas de la sociedad? ¿No acaparan éstos todos los empleos lucrativos? Y cuando un hombre bien posicionado le roba a sus acreedores o comete otras bribonías, ¿no tiene asegurada la impunidad? Los bastonazos que propina, las violencias que comete y hasta las muertes y asesinatos por su culpa, ¿no son otros tantos asuntos que se minimizan y se olvidan en seis meses? Pero si le roban a ese mismo hombre, toda la policía se pone de inmediato en movimiento y pobres de los inocentes de quienes se sospeche. Si atraviesa un lugar peligroso no falta la escolta; si se rompe el eje de su silla, todos acuden en su ayuda; si hay bullicio ante su puerta, dice una palabra y todo calla; si el gentío le incomoda, hace un gesto y todo se arregla; si un carretero molesta en su camino, sus gentes se disponen a molerle a palos, y antes se atropella a cincuenta honrados peatones camino de sus asuntos que a un bribón ocioso atrasado en su carruaje. Todos estos miramientos no le cuestan un céntimo: son el derecho del hombre rico más que el precio de la riqueza. ¡Cuán diferente el cuadro del pobre!: cuanto más le debe la humanidad, más le niega la sociedad. Se le cierran todas las puertas, incluso cuando tiene derecho a que se le abran, si alguna vez obtiene justicia, es con mayor pena que con la que el otro obtiene gracia. Si hay que hacer un trabajo penoso o reclutar milicia, se le da preferencia; además de la suya, soporta la carga de la que su vecino rico queda exento; todos se alejan de él cuando le sobreviene el menor accidente; si vuelca su mísero carruaje, en lugar de que alguien le ayude, puede alegrarse si evita al pasar las vejaciones de los acompañantes de un joven duque: en una palabra, ninguna asistencia gratuita le alcanza precisamente porque no tiene con qué pagarla. (...) las pérdidas de los pobres son mucho menos reparables que las del rico, así como que la dificultad para adquirir crece siempre en razón de la necesidad. Con nada nada se hace. (...) El dinero es simiente de dinero y el primer doblón es a veces más difícil de ganar que el segundo millón. Más aún, todo lo que el pobre paga, lo pierde para siempre

⁵⁶² *Ibidem*, III.

y va a parar o vuelve a las manos del rico, y como el producto de los impuestos va a parar, tarde o temprano, sólo a los miembros del gobierno o a sus allegados, aunque paguen su contingente, tienen un claro interés en aumentarlos”⁵⁶³.

3. Sieyès: el fundamento democrático del gobierno representativo

Así como Locke es el filósofo de la Revolución de la Gloriosa por sus dos *Tratados sobre el Gobierno Civil*, en los que desarticula la doctrina del derecho divino de los reyes y formula su teoría del Estado representativo, cuyo influjo se hizo notar no sólo en las Islas sino también al otro lado del Atlántico, en la fundación político-constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica. Sieyès es el ideólogo de la Revolución francesa por su obra *¿Qué es el tercer estado?* (1788)⁵⁶⁴, en la que socava los fundamentos político-sociales del Antiguo Régimen y formula los principios liberales del Estado Constitucional.

La teoría del Estado de Sieyès gravita sobre la concepción dual de la nación, el concepto racional-normativo de Constitución y el principio de representación sin alienación.

La nación es bifronte. Una cara representa el estado de naturaleza y la otra el interés común o general de los ciudadanos organizados políticamente.

“(…) a la nación pertenece la plenitud de todos los poderes, de todos los derechos, por la razón capital de que la Nación viene a ser, sin diferencia alguna, lo que el individuo en el estado de naturaleza. Ahora bien, el individuo, del mismo modo que la nación, precisa de un Gobierno para conducirse. En lo que aquél respecta, la propia naturaleza ha tomado el cuidado de dotarlo de una voluntad para deliberar y decidir, brazos para actuar y músculos, en fin, para respaldar su poder de acción. En una Nación, al contrario, al no constituir ésta, sino un Cuerpo de institución

⁵⁶³ *Discurso sobre economía política*, III.

⁵⁶⁴ “Obra que ganaría rápidamente a la opinión pública de la época y de la cual se venderían más de treinta mil ejemplares en pocas semanas, publicándose cuatro ediciones en 1789” (SIEYÈS, E., *El tercer estado y otros escritos de 1789*, edición y traducción Ramón Máiz, Madrid, 1991, p. 19).

voluntaria, corresponde a los asociados que la componen proveerla de voluntad, acción y una fuerza comunes”⁵⁶⁵.

¿Cómo surge el Estado? La Constitución es el instrumento jurídico que insufla vida al artificio estatal⁵⁶⁶: determina su estructura institucional, es decir, las competencias, relaciones y límites de la actuación de los poderes públicos (poderes constituidos); establece los mecanismos de control político de la legislatura en orden a conjurar el riesgo del despotismo y la tiranía y garantiza los derechos civiles y políticos recogidos en la Declaración de Derechos⁵⁶⁷.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa –en funciones de poder constituyente– el 26 de agosto de 1789 recoge principios de derecho natural, decantados por la razón. Mediante su incorporación a la Constitución⁵⁶⁸ mutan su naturaleza para convertirse en normas jurídicas, derechos positivos en vez de naturales, protegidos por las garantías constitucionales: principio de legalidad, rigidez constitucional, división de poderes y el Tribunal Constitucional⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ *Sobre los acuerdos que deberán adoptar las asambleas de los bailiazgos*, I, 2.

⁵⁶⁶ “Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada” (“Las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional”, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 275).

“(…) de todas las leyes, la primera, la más importante para los pueblos, es una buena Constitución” (*Ideas sobre los medios de actuación de que podrán disponer los representantes de Francia en 1789*, “Prólogo”).

⁵⁶⁷ “(…) solamente una buena Constitución podrá garantizar a los ciudadanos el disfrute de sus derechos naturales y sociales, dará estabilidad a todo lo que se haga bien y operará la extinción sucesiva de todo lo que se ha hecho mal hasta nuestros días” (*ibidem*, “Prólogo”).

⁵⁶⁸ “Los representantes de la Nación francesa, ejerciendo las funciones de Poder Constituyente, consideran primeramente que toda unión social y, por consiguiente, toda Constitución política no puede tener por objetivo sino garantizar, servir y extender los Derechos del hombre en cuanto miembro de la sociedad, debiendo comenzarse, por tanto, por reconocer inequívocamente tales derechos” (“Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*”, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 91).

⁵⁶⁹ Las tres funciones que Sieyès atribuye al Tribunal Constitucional son las siguientes: “1ª Que vigile y guarde con fidelidad el depósito constitucional; 2ª Que atienda, al abrigo de las pasiones funestas, a las ideas que pueden servir para perfeccionar la Constitución y 3ª Que ofrezca a la libertad civil una tutela de equidad natural en aquellas ocasiones graves en las

“1. Señala [la Declaración de Derechos] al Cuerpo legislativo el fin social para el que ha sido creado y organizado. A tal efecto, le otorga todo el poder, toda la fuerza necesaria para dirigirse hacia aquél con paso firme, pero, al propio tiempo, le rodea de precauciones, hasta el extremo de que carecería de poder y fuerza caso de intentar salirse de la ruta que le ha sido trazada.

2. Una Declaración de Derechos es, por añadidura, el verdadero medio de extender a la generalidad de los ciudadanos los principios esenciales de toda asociación humana legítima, es decir, libre. Y no es que los grandes espíritus no puedan leer directamente tales principios en el Derecho natural, pero no debemos ignorar que las nueve décimas partes de la especie humana no sabe leer y es de todo punto necesario enseñarles sus derechos. Otros, en muy gran número, serán capaces de aprehender la verdad de los grandes principios, pero tienen necesidad de ser ayudados, pues sólo aciertan a percibir en la naturaleza las diversas carencias. Corresponde, pues, al constituyente poner de relieve los puntos esenciales que no se deben perder de vista”⁵⁷⁰.

¿Quién tiene el poder de aprobar una Constitución? La nación es titular del poder constituyente, pero como no puede reunirse para adoptar decisiones debido a su gran número, ejerce el poder comitente⁵⁷¹ para elegir a una representación extraordinaria en la que delega el poder constituyente de aprobar una Constitución y, posteriormente, delega el poder legislativo en una representación ordinaria para la dirección política de la cosa pública.

“(…) una Constitución supone ante todo un *Poder Constituyente*. Los poderes públicos se hallan todos ellos, sin excepción, sometidos a las leyes, a reglas, a formas, que no pueden alterar a su antojo. En cuanto no han podido constituirse ellos mismos, carecen asimismo de alterar su Constitución. En cambio, el Poder Constituyente lo puede todo en este orden de cosas, pues no se encuentra sometido a una Constitución previa. La Nación que ejerce entonces el más grande y más importante de todos

que la Ley haya olvidado su justa garantía” (“Las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional”, en *ibidem*, p. 277).

⁵⁷⁰ *Sobre los acuerdos que deberán adoptar las asambleas de los bailiazgos*, I, 2.

⁵⁷¹ “(…) el pueblo debe limitarse a ejercer por sí mismo el solo poder comitente, es decir, debe limitarse a elegir y delegar las personas que ejercerán sus derechos *reales*, comenzando por el derecho de constituir el establecimiento público” (“Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, citado por SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución, op. cit.*, p. 100).

⁵⁷¹ “(…) el pueblo debe limitarse a ejercer por sí mismo el solo poder comitente, es decir, debe limitarse a elegir y delegar las personas que ejercerán sus derechos *reales*, comenzando por el derecho de constituir el establecimiento público” (“Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, citado por SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución, op. cit.*, p. 100).

sus poderes debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento”⁵⁷².

¿Qué implica que la Constitución sea la norma suprema del Ordenamiento jurídico? La superioridad jurídico-política de la Constitución respecto de la ley la hace indisponible para el legislador ordinario –rigidez–. Asimismo, al ocupar el ápice de la pirámide normativa impide que se instaure la soberanía del parlamento, en la medida en que el poder legislativo –poder constituido por excelencia– debe desarrollar sus funciones y competencias en el estricto marco delimitado por la Ley Fundamental y no pueden aprobar leyes o disposiciones normativas que la vulneren.

“El cuerpo de representantes, a quien se ha confiado el poder legislativo, esto es, el ejercicio de la voluntad común, no existiría sino en la forma que la nación haya querido otorgarle. De hecho, aquél no es nada sin sus formas constitutivas: no actúa, no se orienta, no dispone sino a través de aquéllas”.

“Se comprende fácilmente cómo las leyes propiamente dichas, aquéllas que protegen a los ciudadanos y deciden sobre el interés común, han de ser obra del cuerpo legislativo formado y actuando en todo momento según sus condiciones constituyentes”⁵⁷³.

Se conjura, pues, el peligro cierto de que las mayorías coyunturales del parlamento puedan alterar el modelo político-institucional establecido por la Constitución en beneficio de los intereses corporativos de la legislatura irrogando graves daños a los intereses generales de la nación.

¿Para qué surge el Estado? La comunidad natural se caracteriza por la precariedad de la vida y la provisionalidad de la libertad y la propiedad. Así, pues, el “Establecimiento público” o Estado se crea por acuerdo entre los hombres para garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos naturales⁵⁷⁴

⁵⁷² *Ibidem*, p. 100.

⁵⁷³ *¿Qué es el tercer estado?*, V.

⁵⁷⁴ “Si los hombres no son iguales en medios, es decir, en riquezas, en inteligencia, en fuerza, etc., no se sigue en absoluto de ello que no sean iguales en derechos. Ante la ley todos los hombres son iguales, habida cuenta de que ella protege a unos y otros sin acepción de personas” (*Declaración de Derechos*, art. XIX).

–incluido el derecho a la subsistencia⁵⁷⁵– y el libre desarrollo de su personalidad⁵⁷⁶.

“El Estado no establece una injusta desigualdad de derechos paralelamente a la desigualdad natural de medios. Muy al contrario, el Estado protege la igualdad de los derechos contra la influencia, no por natural menos dañina, de la desigualdad de medios que unos y otros disponen. La Ley social no tiene por objeto debilitar al débil y fortalecer al fuerte: muy diferentemente, aquélla se ocupa de poner al débil al abrigo de las acciones del fuerte y, cubriendo con su autoridad tutelar a la universalidad de los ciudadanos, garantizar a todos la plenitud de sus derechos”⁵⁷⁷.

¿Quiénes integran la nación o el interés general? La nación o pueblo⁵⁷⁸ no desaparece con la creación de la sociedad política organizada, sino que, una vez superado el estado de naturaleza, está formada por el tercer estado: el conjunto de trabajadores públicos y privados asociados⁵⁷⁹, iguales en derechos, representados por la misma legislatura y sometidos a una ley común obra de su propia voluntad⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ “Todo ciudadano imposibilitado de atender sus necesidades o que no encuentre trabajo tiene derecho al auxilio de la sociedad sometiéndose a sus órdenes” (*ibidem*, art. XXVII).

⁵⁷⁶ “El pueblo parece ignorar que la libertad y la propiedad son anteriores a todo; que los hombres, al asociarse, no han tenido otro objetivo que poner sus derechos al abrigo de los malvados y dedicarse, al amparo de una tal seguridad, al libre, amplio y fecundo desarrollo de sus facultades morales y físicas” (“Ensayo sobre los privilegios”, en SIEYÈS, E., *El tercer estado y otros escritos de 1789*, *op. cit.*, p. 111).

⁵⁷⁷ “Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 94 y “De los beneficios de la libertad en el Estado y en el sistema representativo”, en *ibidem*, p. 227.

⁵⁷⁸ “Todos los poderes públicos son una emanación de la voluntad general, todos proceden del pueblo, es decir, de la Nación, toda vez que ambos términos han de ser considerados como sinónimos” (“Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 102).

Cfr. TORRES DEL MORAL, A., *1812: La apuesta constitucional de Cádiz*, Cádiz, 2014, Cap. IV: “Soberanía nacional. I) Soberanía nacional y soberanía popular”, pp. 101-125.

⁵⁷⁹ “¿Qué se necesita para que una nación subsista y prospere? Trabajos particulares y funciones públicas?” (*¿Qué es el tercer estado?*, I).

⁵⁸⁰ “Un cuerpo de asociados viviendo bajo una ley común y representados por la misma legislatura” (*ibidem*, I).

¿Quiénes se oponen al interés común? Los órdenes privilegiados y estériles son “los enemigos de la nación”⁵⁸¹ y mientras no renuncien a sus prerrogativas exorbitantes no se les reconocerán derechos políticos aunque sí son titulares de los *derechos pasivos*⁵⁸², al ser derechos naturales inherentes a la condición humana.

“(...) todo aquél que exceda la cualidad común de ciudadano no podrá participar en los derechos políticos. La legislatura de un pueblo no puede sino atender al interés general. Pero si, en lugar de una simple distinción casi indiferente a la ley, existen privilegiados enemigos por naturaleza del orden común, deben ser positivamente excluidos. Esto es: no podrán ser electores ni elegibles mientras perduren sus odiosos privilegios”⁵⁸³.

¿Quiénes pueden participar en la vida política? “Los derechos políticos constituyen la única garantía de los derechos civiles y de la libertad individual”⁵⁸⁴. Sieyès nos invita a reflexionar sobre esta categórica afirmación en el último Capítulo de su obra *¿Qué es el tercer estado?* El contexto en el que formula tal aseveración nos lleva a interpretarla en el sentido de que sólo el tercer estado tiene un genuino interés en el reconocimiento constitucional de los derechos naturales, esto es, en su positivización y protección mediante garantías constitucionales. De modo que la atribución del sufragio activo y pasivo no es una cuestión baladí, o mejor dicho, la exclusión de los privilegiados de la participación en la vida política encuentra su justificación

“La Nación es el conjunto de los asociados, gobernados y sometidos a la Ley obra de sus propias voluntades, todos ellos iguales en derechos y libres en su comunicación y compromisos respectivos” (“Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, citado por SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución, op. cit.*, p. 99).

⁵⁸¹ *¿Qué es el tercer estado?*, V.

⁵⁸² “La diferencia entre estas dos suertes de derechos consiste en que los derechos naturales y civiles son aquéllos para cuyo mantenimiento y desarrollo se ha formado la sociedad mientras los derechos políticos se hallan integrados por aquéllos otros por medios de los cuales el Estado se forma y se mantiene. Es preferible, a efectos de la claridad del lenguaje, denominar a los primeros derechos pasivos y a los segundos derechos activos” (“Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, citado por SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución, op. cit.*, pp. 100 y 101).

⁵⁸³ *¿Qué es el tercer estado?*, V.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, V.

en que los intereses corporativos⁵⁸⁵ y los privilegios⁵⁸⁶ se oponen frontalmente a los intereses generales de la Nación y al derecho común.

Un aspecto central en esta materia es determinar si en la teoría del Estado de Sieyès el sufragio activo y pasivo es un derecho o una función social. Esta cuestión no es fácil de resolver porque si bien hay aseveraciones claras que indican que es un derecho: “Los derechos políticos, del mismo modo que los derechos civiles, deben vincularse a la cualidad de ciudadano”⁵⁸⁷; “La igualdad de derechos políticos es un principio fundamental, pues aquélla ha de entenderse tan sagrada como la igualdad de derechos civiles”⁵⁸⁸. También encontramos reflexiones que apuntan en la otra dirección: la dicotomía ciudadano activo-ciudadano pasivo⁵⁸⁹; la introducción de requisitos de naturaleza aristocrática: “que posean tanto interés como capacidad con respecto a la cosa pública”⁵⁹⁰ y censitaria: “todos pueden disfrutar de las ventajas de la sociedad, pero solamente aquéllos que contribuyan al mantenimiento de los poderes públicos son como los

⁵⁸⁵ “(...) un privilegiado se considera, con sus colegas, integrante de un orden separado, una suerte de nación elegida en el seno de la nación. Piensa que se debe ante todo a los de su casta y si continua a ocuparse de los demás, éstos no son para él sino los otros, y ya no los suyos. Ya no existe el cuerpo nacional del que era miembro, sino el pueblo, el cual, en su lenguaje tanto como en su pensamiento, no constituye sino un conjunto de *don nadies*, una clase de hombres creada expresamente para servir, mientras él, por el contrario, se halla predestinado a dominar y gozar” (“Ensayo sobre los privilegios”, en SIEYÈS, E., *El tercer estado y otros escritos de 1789*, *op. cit.*, p. 119).

⁵⁸⁶ “Todos los privilegios, sin distinción, tienen ciertamente por objeto dispensar de la ley u otorgar un derecho exclusivo sobre algo que no está prohibido por aquélla. Así, pues, la esencia del privilegio es hallarse fuera del derecho común” (*ibidem*, p. 110).

⁵⁸⁷ *¿Qué es el tercer estado?*, III, 2.

⁵⁸⁸ “Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁸⁹ “Todos los habitantes de un país deben disfrutar de los derechos de ciudadanos pasivos; esto es, todos tienen derecho a la protección de su persona, de su propiedad, de su libertad, etc. Pero no todos, en cambio, tienen derecho a tomar parte activa en la formación del establecimiento público; en definitiva: no todos han de ser ciudadanos activos” (*ibidem*, p. 101).

⁵⁹⁰ *Declaración de Derechos*, art. XXX.

⁵⁹¹ “Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 101.

verdaderos accionistas de la gran empresa social. Ellos solos integran los verdaderos ciudadanos activos, los auténticos miembros de la asociación”⁵⁹¹.

En efecto, Sieyès propugnaba el establecimiento de un tributo cívico voluntario de tres libras para ser titular del derecho de sufragio activo –tributo de electores– con el que pretendía asegurar el compromiso o interés de los ciudadanos por la cosa pública. La condición de elegible la restringía en mayor medida al supeditarla al pago de doce libras –tributo de elegibles–, el objetivo era que los representantes del pueblo fueran relevantes accionistas del Estado y los primeros interesados en la *res publica*.

En esta línea hay que mencionar que dos de los tres criterios para la asignación del número de representantes de los barrios o cantones en las asambleas municipales y departamentales fijados por ábate son “la contribución aportada por el barrio y la cuantía del tributo cívico o voluntario”⁵⁹².

Respecto a la capacidad requerida para ejercer los derechos políticos, Sieyès considera que no se puede ser exigente en ese momento histórico, “tal y como habrá de suceder cuando una educación nacional y la aparición de nuevos intereses hayan mejorado sustancialmente a los ciudadanos franceses. Para entonces, esto es, en el porvenir para ser inscrito entre los ciudadanos activos será preciso mostrarse capaz de devenir miembro de la gran asociación. Habrá de probarse no ser ajeno a los conocimientos sociales, así

⁵⁹¹ “Proemio a la Constitución...”, *op. cit.*, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, p. 101.

“El salario de estos agentes o administradores, y en general de todo gasto de la cosa pública es aportado por la contribución anual. Así, resulta preciso considerar a los ciudadanos contribuyentes como los accionistas de la gran empresa social; ellos proveen los fondos, ellos son sus amos, gracias a ellos existe y actúa, ellos son, en fin, quienes deben beneficiarse de todas sus ventajas” (*Ideas sobre los medios de actuación...*, *op. cit.*, III).

⁵⁹² *Algunas ideas de la Constitución aplicables a la ciudad de París*, I

como no ser inhábil para todo trabajo, habida cuenta de que el trabajo es el verdadero fundamento de la sociedad”⁵⁹³.

Finalmente, hay que precisar que con independencia de su contribución al erario público y de su capacidad intelectual Sieyès niega la condición de ciudadanos activos a los menores de veintiún años, las mujeres⁵⁹⁴, los no domiciliados (extranjeros), los mendicantes, los vagabundos voluntarios y a “aquéllos a los que una dependencia servil mantiene vinculados no a un trabajo sino a la voluntad arbitraria de su amo”.

El argumento que esgrime en estos tres últimos supuestos es el característico de la función social del sufragio. Se basa en el prejuicio de la estulticia de los pobres: “(...) las clases inferiores resultan más ajenas, por inteligencia y sentimientos, a los intereses de la asociación de lo que podían serlo los ciudadanos menos estimados de los antiguos estados libres. (...) estos hombres, válidos por lo demás físicamente, en cuanto extraños a toda idea social, se encuentran fuera del estado de tomar una parte activa en la cosa pública”⁵⁹⁵.

El liberalismo político reniega del concepto absolutista de ley, como producto jurídico impuesto por la voluntad irrestricta de la autoridad regia. Es refractario a la formulación apriorística de valores, principios o verdades absolutas e irrefragables porque racionaliza la política mediante la institucionalización del *government by discussion*.

⁵⁹³ *Ibidem*, I.

⁵⁹⁴ “En el presente estado de las costumbres, opiniones e instituciones humanas se considera a las mujeres capaces de portar una corona y, sin embargo, por una singular contradicción, en ninguna parte se les permite contar entre los ciudadanos activos. Como si la sana política no debiera siempre tender a crecentar progresivamente el número proporcional de los verdaderos ciudadanos o, por otra parte, como si fuera imposible que una mujer resultara de utilidad a la cosa pública. A tenor de un prejuicio que no se permite la menor sombra de duda al respecto, nos vemos, pues, forzados a excluir al menos a la mitad de la población total de Francia” (*Observaciones sobre el dictamen del Comité de Constitución concerniente a la nueva organización de Francia*, III).

⁵⁹⁵ *Ibidem*, III.

El parlamentarismo deliberativo gravita sobre el concepto de opinión pública, acuñado por los fisiócratas, porque su voluntad se forma de igual manera: el método dialéctico⁵⁹⁶, cuya finalidad es “dar traducción política a la discusión y a la opinión pública forjada por los particulares”⁵⁹⁷.

“Es a través de la opinión pública, creada como resultado de la discusión libre de los particulares en el ámbito de la sociedad, como los fisiócratas, y, en el fondo, toda la concepción liberal, estiman que se puede llevar a cabo esa gran operación histórica de racionalización del mundo social y político. Si la opinión pública expresa los deseos naturales y racionales de los hombres, las instituciones políticas sólo podrán legitimarse a través de ella en la medida que, en su formación y en su funcionamiento, recojan y den traducción concreta a sus contenidos”⁵⁹⁸.

El Parlamento entendido esencialmente como órgano de discusión forja el concepto racional de ley: la norma es el resultado del libre debate de las ideas celebrado entre los diputados en el hemiciclo. En el constitucionalismo liberal, la ley proyecta idealmente la voluntad de la ciudadanía activa, esto es, la opinión pública burguesa, pero, posteriormente, el constitucionalismo democrático reconoció el derecho a participar en la vida política a todos los ciudadanos, de forma que el Parlamento imprime en la norma la opinión pública del conjunto de los ciudadanos.

“El Parlamento (...) es una arena en la que no sólo la opinión general del país, sino también la de cada una de las secciones de éste, y, en la medida de lo posible, de cada individuo emitente que forma parte del mismo, pueda manifestarse a plena luz y pueda ser discutida; una arena en la que cada persona del país pueda contar con encontrar a alguien que hable por ella, igual o mejor que pudiera hacerlo ella misma, no exclusivamente ante amigos y partidarios, sino también frente a adversarios de opinión contraria;

⁵⁹⁶ “Si la opinión pública burguesa, creada a través de la discusión espontánea y libre de los particulares, es quien traduce y expresa la interna racionalidad y el orden natural de la sociedad, el Parlamento, en cuanto prolongación de esa opinión pública, tendrá que ser por fuerza un órgano donde también se discuta espontánea y libremente. La identificación social entre discusión y verdad se manifestará a nivel parlamentario en la identificación de la ley, obtenida por deliberación, con el momento de la justicia. (VEGA GARCÍA, P. de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 43, 1985, p. 55).

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 52.

una arena en la que aquéllos cuya opinión no prevalezca, sientan la satisfacción de que dicha opinión sea escuchada y de que, si no ha salido vencedora, no haya sido desplazada por un mero acto de voluntad sino por lo que se estima que son razones superiores y, como tales, adoptadas por los representantes de la mayoría”⁵⁹⁹.

Como por razones operativas los ciudadanos no pueden reunirse para dotar a las leyes de un contenido sustantivo que refleje la opinión pública decantada mediante el proceso dialéctico, la tarea legislativa es delegada por el pueblo a los diputados en virtud del mandato representativo.

¿Qué implica el mandato representativo? El principio general de la representación moderna o liberal reside en asumir que “un ciudadano diputado en una Asamblea de cualquier nivel, lo es en nombre de todas las colaterales que no lo han elegido”⁶⁰⁰. En virtud de este principio, el diputado representa a la Nación; es intérprete de la voluntad común y tiene libertad de expresión⁶⁰¹ y de voto porque la ley es un producto jurídico racional de alcance general. La voluntad común –“opinión de la mayoría”⁶⁰²– no es una imposición autoritaria sino que su conocimiento o descubrimiento exige un proceso deliberativo en el que se enfrenten las ideas de todos los diputados, reflejo de las opiniones ciudadanas, cuyo resultado dialéctico, como consecuencia de la preponderancia de la verdad sobre el error, ha de ser necesariamente la aprobación de leyes justas.

“Nadie osaría negar tal afirmación si toda la comunidad pudiera reunirse para nombrar al cuerpo entero de representantes, pero de hecho es lo mismo. No pudiendo o no queriendo reunirse en un mismo lugar, la universalidad de los ciudadanos se divide en cantones y conviene en que

⁵⁹⁹ MILL, J. S., *El gobierno representativo*, V.

⁶⁰⁰ *Observaciones sobre el dictamen del Comité de Consitución...*, *op. cit.*, III.

⁶⁰¹ “Llegar al extremo de castigar a un diputado por su opinión en la materia que sea es una barbarie. Sería, en la ley, una contradicción absurda y, en el poder armado, un acto de horrible tiranía. La libertad más completa constituye el derecho innato, inatacable y sagrado de todo opinante en un cuerpo legislativo” (*ibidem*, II).

⁶⁰² *¿Qué es el tercer estado?*, VI.

“Dado que no se puede conocer la voluntad general sino por mayoría, todo estatuto, toda ley deben ser el producto de la mayoría” (*Ideas sobre los medios de actuación...*, *op. cit.*, II).

cada cantón nombrará un número proporcional de diputados. Todos los cantones se autorizan y se delegan recíprocamente para proceder a esta elección parcial que, en sí misma, es reputada como obra entera de la comunidad. Así, pues, desaparece toda dificultad: el poder legislativo es siempre el producto de la generalidad de voluntades individuales.

Un pueblo numeroso no puede, aún en menor medida, ejercer por sí mismo su voluntad común, su legislatura. Nombra, al efecto, representantes con la encomienda de actuar en su nombre, y no puede en modo alguno decirse que la voluntad común de estos representantes no constituya la verdadera ley, ni apruebe la ley para todos los ciudadanos”⁶⁰³.

La forma de Estado preconizada por el ábate es el “gobierno ejercido por procuración”⁶⁰⁴. Un modelo político que conjuga representación y democracia y que pivota sobre los principios de la prohibición del mandato imperativo⁶⁰⁵, la división del trabajo⁶⁰⁶ y la representación sin alienación.

¿En qué consiste la representación sin alienación? Los procuradores no representan ni a su orden estamental, ni a la circunscripción que los ha elegido. Tampoco son meros transmisores o voceros de la voluntad preconstituída de sus mandantes, como ocurría en el Antiguo Régimen en virtud de la vigencia del mandato imperativo.

Los diputados representan a la Nación, a los intereses generales del pueblo francés y en virtud de la relación de confianza que los liga con sus electores ejercen por delegación o comisión el poder legislativo, cifrado en

⁶⁰³ *Ibidem*, I.

⁶⁰⁴ ¿*Qué es el tercer estado?*, V.

⁶⁰⁵ “La procuración de los diputados no debe ser imperativa, en el sentido de que no serán simples portadores de un voto fijo y predeterminado, toda vez que se trata de alcanzar a formar una voluntad general, y, a tal efecto, es absolutamente necesario llegar a acuerdos, aproximar posiciones; en fin convenir en conjunto” (“Fundamentos del Estado”, en SIEYÈS, E., *Escritos y discursos de la Revolución*, *op. cit.*, pp. 239-240).

⁶⁰⁶ “Cuanta más avanza una sociedad en las artes de la producción y el comercio, más se patentiza que las tareas relativas a la cosa pública deben, del mismo modo que acontece con los trabajos particulares, ejecutarse con la mayor economía y eficacia posible, por hombres que hagan de ella su profesión exclusiva” (*Ideas sobre los medios de actuación...*, *op. cit.*, III).

crear o interpretar libremente la voluntad común de la nación⁶⁰⁷ a través de la discusión y el debate de las ideas⁶⁰⁸.

“La comunidad no se despoja en absoluto del derecho a manifestar su voluntad: toda vez que constituye su propiedad inalienable sólo puede delegar su ejercicio.

“El cuerpo de delegados no puede poseer la plenitud de este ejercicio, pues la comunidad no le ha confiado más que una porción de su poder total, esto es, solamente aquélla que resulta necesaria para mantener el orden, sin otorgar nada superfluo en este ámbito.

“No es competencia del cuerpo de delegados rebasar los límites del poder que les ha sido confiado, habida cuenta de que una tal facultad sería contradictoria en sí misma”⁶⁰⁹.

El poder atribuido a los mandatarios no es absoluto porque el pueblo no ha enajenado su voluntad o su poder legislativo al parlamento, sólo lo ha delegado. De modo que Sieyès establece una serie de condiciones e instituciones de control político de los representantes –revocación, radiación, prohibición de la reelección, mandatos breves y renovación periódica de la asamblea⁶¹⁰– al objeto de conjurar el peligro de que la legislatura perjudique los intereses generales, convirtiéndose en una suerte de oligarquía que usurpe la soberanía de la nación.

⁶⁰⁷ “Esta voluntad común no es plena e ilimitada en el seno del cuerpo de representantes, sino una porción de la gran voluntad común nacional.

Los delegados no la ejercen en absoluto como un derecho propio, puesto que se trata del derecho de otro y la voluntad común reside en aquéllos solamente a título de comisión” (*¿Qué es el tercer estado?*, V).

⁶⁰⁸ “Toda vez que la nación puede otorgar misiones diferentes a diferentes cuerpos de representantes (poder constituyente, poderes constituidos), ciertamente puede limitar el objeto de una diputación y, consecuentemente, limitar sus poderes, entendiendo por tales los asuntos que aquélla da en representación. Ahora bien, el poder o derecho de proponer, deliberar y legislar, en el seno de las funciones encomendadas a los diputados, resulta necesariamente ilimitada. Éstos son libres de hacer y deshacer, toda vez que no se excedan del ámbito de su misión. Por ende, toda limitación que no haya sido aprobada por mayoría, no puede vincular la deliberación. La mayoría representa siempre a la entera nación y deviene ley para todos” (*Ideas sobre los medios de actuación...*, *op. cit.*, I).

⁶⁰⁹ *¿Qué es el tercer estado?*, V.

⁶¹⁰ “(...) la regeneración de la asamblea se realizará por tercios, el primero trascurridos dos años, el segundo trascurridos un año y el nuevo, que se beneficiará de la experiencia de sus antiguos colegas, les será útil a su vez a aquéllos, dándoles a conocer el estado último de opinión del pueblo” (*Ideas sobre los medios de actuación...*, *op. cit.*, III).

“(...) la comunidad se decide a conceder más confianza a sus mandatarios. Les dota de procuración a efecto de reunirse, de deliberar, de conciliar y decidir en común. Así, en lugar de simples portadores de votos, la comunidad pasa a disponer de verdaderos representantes. Pero subrayemos (...) que la misión dada a los representantes no puede implicar jamás una alienación. Esta misión es esencialmente libre, en efecto, pero constantemente revocable y limitada, a voluntad de los comitentes, tanto por lo que se refiere al tiempo, cuanto a la naturaleza de los asuntos a tratar”⁶¹¹.

El sistema representativo, diseñado por el abate, es ascendente y de doble grado en el poder legislativo; descendente en el ejecutivo y respecto al judicial manifiesta una preferencia por el Jurado tanto para los procesos civiles como penales⁶¹².

Las asambleas primarias o comiciales –“fundamento de la sociedad política”⁶¹³– cuya circunscripción se extiende sobre los cantones o barrios de los municipios, son el pilar del sistema representativo de base democrática. Sus funciones son la “recepción de los ciudadanos activos” mediante la elaboración de la *lista cívica*; la selección de los candidatos a integrar las asambleas municipales y departamentales, así como la Asamblea Nacional por ser merecedores de la estima y confianza pública, mediante la confección de la *lista de elegibilidad* y la elección de los procuradores municipales o comunales y los departamentales o provinciales⁶¹⁴. De esta forma se elimina un grado intermedio en la elección de la representación nacional –a cargo de los diputados departamentales– con lo que se “concilia las exigencias de la

⁶¹¹ *Ibidem*, I.

⁶¹² “Toda causa, tanto civil como penal, instruida ora por las Audiencias, ora por las salas de un Tribunal de departamento, no podrá ser juzgada sin el concurso de un Jurado (*Proyecto de Decreto de la organización de la justicia y de la policía en Francia*, art. 81).

⁶¹³ *Algunas ideas de la Constitución aplicables a la ciudad de París*, I.

⁶¹⁴ (...) los comicios harán, en el orden de la sola representación nacional, dos elecciones: una para formar la Asamblea comunal, la otra para formar la Asamblea departamental” (*Observaciones sobre el dictamen del Comité de Constitución...*, *op. cit.*, V).

extensión del reino con el justo deseo de los ciudadanos de participar lo más cercanamente posible en la legislatura nacional”⁶¹⁵.

Un ciudadano activo será incluido en la lista de elegibilidad si obtiene el voto de la mayoría simple de la asamblea primaria de su domicilio y permanece un año en ella.

El establecimiento del plazo de un año responde a dos razones, a saber, garantiza por una parte “que los intereses públicos no serán jamás entregados a un demagogo subalterno alzado repentinamente por una efervescencia pasajera al frente de una suerte de insurrección”, y, por otra, que “una vez borrado no habrá ya necesidad de mantenerse alerta toda vez que, incluso cuando la minoría, eligiendo el momento más favorable, consiguiera reinscribirlo en la lista, debería mantenerlo en ella durante un año entero, ya que sería inelegible durante ese tiempo. Si prestamos atención, podremos comprobar que la mayor parte de las revoluciones peligrosas no hubieran tenido lugar si se hubiera sabido poner a la minoría en la imposibilidad de atropellar a la mayoría”⁶¹⁶.

Los comitentes de la asamblea primaria tienen también el derecho de radiación, esto es, la facultad de expulsar o suprimir de la lista de elegibilidad a un ciudadano activo por pérdida de la confianza siempre que lo acuerde una mayoría de dos tercios.

“El ciudadano momentáneamente borrado de la lista de elegibilidad continuará manteniendo su derecho de sufragio en la Asamblea primaria. Todos sus derechos se hallan al abrigo, pues no pierde, en rigor, sino la confianza de los otros ciudadanos. El ministerio de la confianza es una propiedad del pueblo. Y éste no es al respecto ni contable ni responsable. Es preciso que sus decretos puedan ejecutarse y que él solo pueda revocarlos”⁶¹⁷.

⁶¹⁵ *Ibidem*, V.

⁶¹⁶ *Ibidem*, III.

⁶¹⁷ *Ibidem*, III.

La radiación de un ciudadano activo que ha sido elegido para integrar cualquiera de las asambleas, requiere necesariamente que previamente sea revocado del cargo público que ostenta⁶¹⁸. Examinemos, pues, esta institución.

Es competencia del “poder constituyente, único intérprete de la voluntad nacional, proporcionar la regla y condiciones de la revocación de los diputados”. Así, pues, sólo la Constitución puede regular la institución revocatoria “teniendo como guía el interés general” en orden a “extender o limitar esta facultad según la encuentre útil o peligrosa en su ejercicio”⁶¹⁹.

Sieyès no parece entusiasmado con una configuración de la revocación que sea coherente con la ficción política sobre la que se sostiene el mandato representativo. Esto supondría, en buena lógica, que cada asamblea departamental estuviera legitimada para revocar a los diputados nacionales que ha nombrado, de igual modo las asambleas comiciales podrían revocar a los diputados municipales y departamentales que han designado.

El abate, en cambio, es proclive a que la revocación de los representantes comunales sea aprobada por dos tercios de cada una de las asambleas primarias de los nueve cantones que integran el municipio⁶²⁰, pero cuando pretende exportar esta fórmula a la Asamblea nacional “las dificultades se acumulan y los inconvenientes prevalecen hasta el punto sobre las ventajas, que el ejercicio del derecho de revocación semeja entonces impracticable”⁶²¹. La razón es sencilla: la aplicación del procedimiento municipal implica que la revocación de un diputado nacional tenga que ser

⁶¹⁸ “En efecto, un diputado no puede ser eliminado de la lista sin ser con anterioridad revocado de su Diputación” (*ibidem*, III).

⁶¹⁹ *Ibidem*, III.

⁶²⁰ “Un diputado en el municipio interesa a todas las Asambleas primarias, por más que una sola de ellas lo haya elegido como diputado. No podrá, por consiguiente, ser revocado sino en tanto en cuanto la mayoría de estas asambleas concurra a su revocación, decidiendo cada una de ellas, de modo similar a lo que hemos dicho para la radiación por mayoría de dos tercios” (*ibidem*, III).

⁶²¹ *Ibidem*, III.

aprobada por dos tercios de cada una de las ochenta y una asambleas departamentales que son las legitimadas para elegirlos, por lo que resuelve abogar por dos medidas suplementarias que permitan paliar las dificultades operativas de la revocación, a saber, la duración trienal de la legislatura y la prohibición de la reelección inmediata de los diputados.

“En cuanto a la duración del mandato, es una buena política limitarlo a tres años, así como establecer que no será elegible nuevamente hasta transcurrido otro período de tres años en un principio, y de seis años con posterioridad, esto es, cuando el tiempo haya aumentado el número de ciudadanos ilustrados. Y ello por la razón de que los asuntos públicos deben ser, en el sentido que aquí le damos, patrimonio del mayor número de ciudadanos posible y resulta preciso evitar, a toda costa, que un pequeño número de familias se apropie de ellos, de las diputaciones y de la influencia legislativa”⁶²².

En cuanto a la representación en el poder ejecutivo, la participación popular es propositiva porque “los ciudadanos no nombrarán en modo alguno a los funcionarios públicos, pero éstos tampoco podrán ser nombrados sino de entre aquéllos que hayan sido previamente seleccionados por los ciudadanos”⁶²³. Como hemos indicado anteriormente, la representación en la ejecución de la ley es descendente porque la elección de los miembros del Gobierno y de los funcionarios al servicio de la Administración se inicia en la Asamblea Nacional y se concluye en las asambleas municipales: “Todas las partes del Gobierno deben de corresponderse entre ellas, los inferiores ser nombrados por los superiores y no recibir órdenes más que de éstos últimos”⁶²⁴.

El Cuerpo Legislativo es el encargado de presentar una lista de elegibles “para los grandes oficios de la Administración nacional”, formada por tres veces más candidatos que plazas a cubrir. Será presentada al Rey para que elija

⁶²² *Ideas sobre los medios de actuación...*, *op. cit.*, III.

⁶²³ *Algunas ideas de la Constitución aplicables a la ciudad de París*, II.

⁶²⁴ *Ibidem*, II.

ad libitum. Adviértase que los ministros del Reino son responsables ante el Cuerpo Legislativo.

Las asambleas departamentales confeccionan una lista de elegibles para la administración provincial, que se presentará a la Asamblea Nacional, órgano encargado de elegir a los funcionarios provinciales. Y las asambleas municipales elaboran otra para los empleados públicos de la comuna y de los barrios, que serán designados por las asambleas departamentales.

Nótese que estas dos asambleas intermedias tienen una escasa actividad para “no entorpecer la verdadera legislatura”⁶²⁵. La gestión cotidiana de los asuntos públicos en su demarcación es encomendada a los directorios de impuestos y de milicia. Una vez nombrados sus miembros, se disuelven hasta el año siguiente en que se constituirán para recibir las cuentas de estos organismos y controlarlos.

Finalmente, vamos a referirnos sucintamente a la elección de los miembros del Jurado, institución encargada del ejercicio de la potestad jurisdiccional en la teoría del Estado de Sieyès⁶²⁶.

Un ciudadano activo sólo es elegible para integrar un Jurado si está previamente inscrito en la *lista de consejeros de justicia* de la asamblea departamental de la provincia a la que pertenece. Pueden postularse todos los ciudadanos activos de las asambleas primarias, pero deben ser propuestos a la asamblea por los diputados departamentales electos en los comicios del municipio del que procedan los candidatos, siempre que estén avalados por dos tercios de sus votos⁶²⁷.

Una vez confeccionada la lista de los candidatos presentados, se realizará una votación por oposición en la asamblea departamental: “Para que

⁶²⁵ *Observaciones sobre el dictamen del Comité de Constitución...*, *op. cit.*, V.

⁶²⁶ Cfr. *Proyecto de Decreto de organización de la Justicia y de la policía en Francia*, arts. 81-101.

⁶²⁷ Cfr. *ibidem*, art. 90.

los presentados que han sido sometidos al escrutinio puedan inscribirse en la lista de consejeros de justicia del departamento, es preciso que no hayan tenido en contra a más de un tercio del número de votantes”⁶²⁸.

Adviértase que Sieyès introduce también la institución revocatoria en el poder judicial. Para revocar a un miembro de la lista exige “en el primer y único escrutinio, la mayoría de los electores en su contra”⁶²⁹.

La elección de los consejeros de justicia que van a formar parte de un Jurado es competencia del síndico-procurador, que “tratará de elegirlos entre pares del acusado o de los litigantes, esto es, entre los ciudadanos que ocupan una posición semejante o análoga de deberes, fortuna y sociedad, habida cuenta de que el caso a juzgar les resultará, de este modo, mejor conocido”⁶³⁰.

4. Condorcet: la democracia representativa

¿Cuál es la libertad de la Modernidad que principia en el Renacimiento y se consolida con las revoluciones liberales que inauguran la ideología constitucional? “Para cada uno es el derecho a no estar sometido sino a las leyes, de no poder ser detenido, ni condenado a muerte, ni maltratado de ningún modo por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos.

Es para cada uno el derecho de dar su opinión, de escoger su industria y de ejercerla; de disponer de su propiedad, de abusar de ella incluso; de ir y venir sin requerir permiso y sin dar cuenta de sus motivos o de sus gestiones. Para cada uno es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para dialogar sobre sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieren,

⁶²⁸ *Ibidem*, art. 96.

⁶²⁹ *Ibidem*, art. 98.

⁶³⁰ *Ibidem*, art. 101.

sea simplemente para colmar sus días y sus horas de un modo más conforme a sus inclinaciones, a sus fantasías. Finalmente, es el derecho de cada uno de influir sobre la administración del gobierno, sea por el nombramiento de todos o de algunos funcionarios, sea a través de representaciones, peticiones, demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración”⁶³¹.

¿Cuál es la forma de Estado que satisfizo esta concepción de la libertad? El sistema representativo o *gobierno aristocrático*⁶³², caracterizado por el principio de soberanía representativa⁶³³ y el sufragio como función social. Adviértase que el constitucionalismo liberal estableció el sufragio censitario por la influencia de la doctrina económica fisiocrática⁶³⁴: “*c’est la propriété qui fait le citoyen*”⁶³⁵.

“El derecho de autoconservación supone el derecho de propiedad; pero las facultades del hombre son desiguales por naturaleza, y esto origina una desigualdad natural de condiciones. La propiedad individual de los productos del suelo lleva consigo una necesidad física de propiedad individual del suelo mismo. El aumento de la riqueza es el objetivo mediato de la sociedad, como condición que es del aumento de la felicidad; y esta

⁶³¹ CONSTANT, B., “Sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *op. cit.*, p. 260.

“La libertad europea ha cargado siempre la mano en poner límites al poder público e impedir que invada totalmente la esfera individual de la persona” (ORTEGA Y GASSET, J., *Del Imperio Romano, op. cit.*, p. 173).

⁶³² Éste es el término utilizado en la voz “Representantes” de la *Enciclopedia francesa*.

⁶³³ El art. 2 del Título III de la Constitución francesa de 1791 establece que “la nación, la única de quien emanan todos los poderes, sólo los puede ejercer por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey”.

El art. 3 del Título III ordena que el “poder legislativo se delegue en una Asamblea nacional compuesta por representantes temporales, elegidos libremente por el pueblo, para que sea ésta la que lo ejerza, con la sanción de Rey”.

⁶³⁴ “La Declaración de Derechos que precede a la constitución de 1791 toma de ellos su segundo artículo: que la libertad, la propiedad y la seguridad son derechos inalienables e imprescriptibles” (HIGGS, H., *Los fisiócratas*, México, 1944, p. 158).

⁶³⁵ Cfr. Voz “Representantes” (Derecho político e Historia moderna) de la *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* à Neufchâtel, chez Samuel Faulche & Compagnie, Tomo XIV, 1766, pp. 143a-146b, citado en TORRES DEL MORAL, A., “Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 203, 1975, p. 162.

última se incrementa con el aumento de la población. Pero el derecho de propiedad sería nulo si no hubiera libertad para usarla, y la libertad social es una rama de la propiedad”. Así, pues, “el gobierno existe para garantizar los derechos de propiedad”⁶³⁶.

El requisito económico o contributivo hurtó los derechos políticos a la inmensa mayoría de la población para concentrarlos en el club de los propietarios. Así, pues, son los ciudadanos activos⁶³⁷ los que transfieren la soberanía nacional a los representantes que conformaban “lo que hoy llamaríamos «clase política», una suerte de *oligarquía*, vivero de hombres políticos «con posibilidades»”⁶³⁸.

“(…) es falso que los padres conscriptos hayan, como pretenden, abolido toda institución que lesione la libertad y la igualdad de derechos, puesto que han comenzado por establecer como base de su trabajo las distinciones más humillantes, las más injuriosas y las más injustas, excluyendo del derecho de ciudadanía, de elegibilidad para los cargos públicos y del honor de servir a la patria, a la clase innumerable de los infortunados declarados inactivos, no hábiles para las funciones de electores, de administradores, de jueces, y de representantes del pueblo. ¿Qué han conseguido, pues, con sus decretos sobre la contribución directa de tres días de trabajo, de diez días de trabajo y del marco de plata sino substituir distinciones basadas en el nacimiento por las basadas en la fortuna, la influencia de la dignidad por la del oro, que es la más vil y la más funesta de las prerrogativas, puesto que coloca toda la autoridad, todos los cargos, todas las dignidades en manos de los afortunados de la tierra y da al nuevo rico y al bribón habilidoso el premio que merece el humilde”⁶³⁹.

Ad portas de la Revolución francesa, en la *IV Carta de un burgués de New-Haven* Condorcet transgrede los conceptos de democracia (autogobierno popular directo) y de sistema representativo (gobierno aristocrático), forjados

⁶³⁶ HIGGS, H., *op. cit.*, pp. 84 y 86.

⁶³⁷ El art. 2 de la Sección II del Capítulo I del Título III de la Constitución francesa de 1791 establece los requisitos para ser titular del derecho de sufragio activo: “Pagar, en cualquier lugar del reino, una contribución directa igual al menos al valor de tres jornales y presentar el recibo; No encontrarse en estado de domesticidad, es decir, de servidor a sueldo”; y el artículo 7 determina que un ciudadano activo es titular del derecho de sufragio pasivo siempre que sea propietario o usufructuario de un bien raíz de valor variable dependiendo del lugar donde se halle.

⁶³⁸ TORRES DEL MORAL, A., “Democracia y representación...”, *op. cit.*, p. 161.

⁶³⁹ MARAT, “Teoría constitucional”, en *Los Jacobinos*, *op. cit.*, pp. 292-293.

en el ideario ilustrado prerrevolucionario, para acuñar una inédita forma de Estado: la democracia representativa⁶⁴⁰. En sus *Notas a Voltaire* especula con la redefinición de la democracia desnaturalizándola ya que formula un paradigma político que le es absolutamente ajeno:

“Si por democracia se entiende una Constitución en la cual la Asamblea General de los ciudadanos hace directamente las leyes, está claro que la democracia no conviene más que a un estado pequeño. Pero si se entiende una Constitución en la que todos los ciudadanos, divididos en varias asambleas, eligen diputados encargados de representar y llevar la expresión general de la voluntad de sus comitentes a una Asamblea General que represente a la nación, se ve fácilmente que esta Constitución conviene a los Estados grandes”⁶⁴¹.

¿En qué consiste la democracia representativa? Esencialmente es el modelo roussoniano. Una forma política híbrida en la que el principio democrático tiene una mayor penetración en la estructura constitucional del Estado que el representativo. Parte de la premisa de la capacidad del pueblo de dotarse de su propia Constitución y de sus leyes, por lo que la representación nacional es deliberativa: los ciudadanos mediante referéndum aprueban o no las proposiciones de ley elaboradas por la legislatura; el sufragio se define como un derecho y, por tanto, es universal y la revocación popular de los diputados es una consecuencia natural de la aptitud política del pueblo que le habilita para juzgar cabalmente la tarea desempeñada por sus mandatarios.

“(…) si sólo hay una soberanía, única e inalienable, que es la del pueblo entero, mal se podrá hablar de poder legislativo de la asamblea. El poder legislativo también es del pueblo: la Asamblea sólo cumple una *función*, que el pueblo le delega sin abdicarla y que puede revocarle mediante expresa declaración (Condorcet, como tantos otros pensadores políticos de la época, no identificaba el nuevo tipo de mandato con la irrevocabilidad de los diputados. Fue más adelante cuando se añadió la nota de irrevocabilidad a la relación política de confianza, con lo que quedó consumada la

⁶⁴⁰ Cfr. CONDORCET., *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, Introducción y traducción revisada por Antonio Torres del Moral, Madrid, 2004, pp. LX y ss.

⁶⁴¹ *Notas sobre Voltaire*, VII, 116-117, citado en *ibidem*, p. LXI.

enajenación de la tan enfáticamente proclamada soberanía popular o nacional)”⁶⁴².

Sin embargo, aceptó pragmáticamente que en el estado actual –finales del siglo XVIII– convenía configurar un modelo político intermedio o de transición como paso previo a la instauración de la democracia representativa, en el que predominara el principio representativo sobre el democrático: sufragio universal, soberanía democrática para la aprobación de la Constitución, pero representativa para las leyes y revocación de los diputados en orden a impedir la alienación o enajenación de la soberanía popular.

“Yo propongo, por esta vez, limitar dicho derecho individual [referéndum] tan sólo a los artículos de la Constitución; pero lo hago en la esperanza de que los progresos de la razón y el efecto que necesariamente producirán en los espíritus unas instituciones más legales y justas permitirán más adelante extender este mismo derecho a otras leyes hasta alcanzarlas a todas”⁶⁴³.

Conviene precisar que Condorcet impuso un límite al mandato representativo de los procuradores, a saber, el contenido sustantivo de las leyes no podía ser ajeno a la voluntad nacional, sino que debía ser su reflejo o trasunto. Su independencia y libertad de criterio no eran plenas, pero tampoco tan precarias como en el Antiguo Régimen: el representante no creaba *ex nihilo*, ni por ensalmo la voluntad nacional, sino que por medio del debate parlamentario debía descubrirla y declararla.

“Pero, cuando existe una representación general, es a quienes la configuran a los que, por la naturaleza misma de las cosas, corresponde el derecho no de constituir ni tampoco de interpretar la voluntad nacional, sino de declararla, después de haberla recogido y constatado”⁶⁴⁴.

⁶⁴² *ibidem*, pp. LVII y LVIII.

⁶⁴³ CONDORCET, *Sobre la necesidad de someter la Constitución a la ratificación de todos los ciudadanos*, XV, 224, citado en *ibidem*, p. LVIII).

⁶⁴⁴ CONDORCET, *Instrucciones sobre el ejercicio del derecho de soberanía*, XVII, 400, citado en *ibidem*, p. LVI.

5. El constitucionalismo jacobino

El constitucionalismo jacobino, influido por la filosofía política de Rousseau, preconiza la democracia representativa, caracterizada por la plena incorporación del principio democrático al Estado constitucional, con todas sus consecuencias político-institucionales y por el gobierno asambleario: “Es natural que el cuerpo encargado de hacer las leyes controle a aquéllos a quienes se encarga para hacerlas ejecutar. Los miembros de la agencia ejecutiva deberán pues rendir cuentas de su gestión al cuerpo legislativo”⁶⁴⁵.

“El pueblo es soberano: el gobierno es su obra y su propiedad, los funcionarios públicos sólo son sus mandatarios. El pueblo puede, cuando así lo considere, cambiar su gobierno y revocar a sus mandatarios”.

“Todos los ciudadanos tienen el derecho igual de participar en el nombramiento de los mandatarios del pueblo, y en la elaboración de la ley”⁶⁴⁶.

La soberanía popular o principio democrático implica o exige que el pueblo ejerza aquellas funciones públicas que pueda desempeñar bien, de modo que la representación de la nación sea la excepción, es decir, se ciña a aquello que el conjunto de la ciudadanía no pueda hacer adecuadamente. La teoría constitucional roussoniana y jacobina sólo acude al expediente de la diputación para el ejercicio de funciones deliberativas y propositivas porque es el pueblo soberano el que aprueba o no *per se* la Constitución y las leyes propuestas por la legislatura.

“Veo como el principio fundamental de nuestra república, que la representación nacional debe ser elegida por el pueblo en cuerpo. Aquél que no es elegido inmediatamente por el pueblo no lo representa. Cuando hablo

⁶⁴⁵ ROBESPIERRE, “Discurso sobre la Constitución”, en *Por la felicidad y por la libertad*, edición de Bosc, Y., Gauthier, F. y Wahnich, S., Barcelona, 2005, p. 216.

Cfr. Arts. 62 y ss. de la Constitución francesa de 1793 y SAINT-JUST, *Ensayo de Constitución*, Caps. VIII-XI de la Primera Parte.

⁶⁴⁶ ROBESPIERRE, *Ensayo de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, arts. XIV y XXII.

de la representación del pueblo, no entiendo que su soberanía sea representada: simplemente se delibera en su lugar”⁶⁴⁷.

La Constitución *non nata* de 1793 proclama en su artículo 53 que “el Cuerpo legislativo propone leyes y dicta decretos”. Lo que evidencia el carácter deliberativo de la Cámara que no está habilitada para aprobar leyes por su propia autoridad, sino que es el pueblo el que lo hace tácitamente, mediante su no impugnación, y, en caso de haberla, el proyecto de ley se someterá a votación en las asambleas primarias.

“Art. 58. El proyecto será impreso y enviado a todas las comunas de la República con este título: Ley propuesta.

Art. 59. Si, pasados cuarenta días desde el envío de la ley propuesta, en la mitad de los departamentos más uno, un décimo de las asambleas primarias de cada uno de ellos, regularmente constituidas, no ha presentado reclamación, el proyecto será aceptado y se convertirá en ley.

Art. 60. Si hay reclamación, el Cuerpo legislativo convocará a las asambleas primarias”.

Los principios y características que singularizan la teoría política jacobina son la soberanía popular efectiva ligada a la igualdad política⁶⁴⁸: sufragio universal, revocación de diputados y magistrados, rendición de cuentas de los miembros del parlamento y del gobierno, referendos de la Constitución y las leyes propuestas por la Asamblea; el derecho a la existencia⁶⁴⁹ y la lucha contra la corrupción del gobierno: “El pueblo es bueno

⁶⁴⁷ SAINT-JUST, “Discurso sobre la Constitución de Francia”, en *La libertad pasó como una tormenta*, edición de Carlos Valmaseda, Barcelona, 2006, p. 83.

“La representación nacional es esencialmente deliberante” (SAINT-JUST, *Ensayo de Constitución*, art. 1 de la Primera Parte).

⁶⁴⁸ “La constitución establece que la soberanía reside en el pueblo, en todos los individuos del pueblo. Cada individuo tiene, pues, el derecho a contribuir a la ley por la cual él está obligado, y a la administración de la cosa pública, que es suya. Si no, no es verdad que los hombres son iguales en derechos, que todo hombre es ciudadano (ROBESPIERRE, “Discurso contra el régimen censitario”, en *Por la felicidad y por la libertad*, *op. cit.*, p. 25).

⁶⁴⁹ “¿Cuál es el primer objetivo de la sociedad? Es mantener los derechos imprescriptibles del hombre. ¿Cuál es el primero de estos derechos? El derecho a la existencia. La primera ley social es pues la que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios de existir. La propiedad no ha sido instituida o garantizada para otra cosa que para cimentarlo. Se

sus delegados corruptibles”⁶⁵⁰. ¿Cuáles son las causas de la corrupción de los gobiernos? “El exceso de su poder y su independencia en relación al soberano”⁶⁵¹.

Un vez hecho el diagnóstico, proponen una serie de medidas contra la venalidad gubernativa: delegaciones cortas⁶⁵², división del poder en diferentes órganos y magistraturas⁶⁵³ y el control popular de los poderes públicos⁶⁵⁴ mediante la exigencia de responsabilidad política y jurídica: tribunal popular⁶⁵⁵, rendición de cuentas⁶⁵⁶ y revocación.

tienen propiedades, en primer lugar para vivir. No es cierto que la propiedad pueda oponerse jamás a la subsistencia de los hombres” (ROBESPIERRE, “Discurso sobre las subsistencias y el derecho a la existencia”, en *Por la felicidad y por la libertad, op. cit.*, pp. 157 y 158).

“El derecho de poseer se deriva del de vivir; y así, todo lo que es indispensable a nuestra existencia nos pertenece y nada que sea superfluo podría pertenecernos legítimamente, mientras a otros les falte lo necesario” (MARAT, “Plan de legislación criminal y anteproyecto de declaración de derechos del hombre”, en *Los jacobinos, op. cit.*, p. 273).

⁶⁵⁰ ROBESPIERRE, “Discurso sobre la Constitución”, en *ibidem*, p. 208.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 209.

⁶⁵² El art. 32 de la Constitución de 1793 establece que “el pueblo francés se reúne todos los años, el primero de mayo, para las elecciones”.

⁶⁵³ “1º Que nadie pueda ejercer diversas magistraturas al mismo tiempo.

2º Que el poder esté dividido: es preferible multiplicar los funcionarios públicos que confiar una autoridad temible a algunos.

3º Que la legislación y la ejecución estén separados cuidadosamente.

4º Que las diversas ramas de la ejecución estén lo más separadas que sea posible según la propia naturaleza de sus asuntos y confiadas a manos diferentes” (ROBESPIERRE, “Discurso sobre la Constitución”, en *Por la felicidad y por la libertad, op. cit.*, p. 210).

⁶⁵⁴ “Un pueblo cuyos mandatarios no deben dar cuenta de su gestión a nadie no tiene una constitución. Un pueblo cuyos mandatarios sólo rinden cuentas a otros mandatarios inviolables, no tiene constitución, ya que depende de éstos traicionarlo impunemente y dejar que lo traicionen los otros” (*ibidem*, p. 215).

⁶⁵⁵ “Es natural que el cuerpo encargado de hacer las leyes controle a aquéllos a quienes se encarga para hacerlas ejecutar. Los miembros de la agencia ejecutiva deberán pues rendir cuentas de su gestión al cuerpo legislativo. En caso de prevaricación, éste no podrá castigarlos, porque es necesario no dejarle este medio para apoderarse del poder ejecutivo, pero los acusará ante un tribunal popular, cuya única función será conocer las prevaricaciones de los funcionarios públicos. Los miembros del cuerpo legislativo no podrán ser perseguidos por este tribunal en razón de las opiniones que hayan manifestado en las asambleas, sino por los hechos positivos de corrupción o de traición de que fuesen acusados. Los delitos comunes que pudieran cometer son competencia de los tribunales ordinarios” (*ibidem*, p. 216).

⁶⁵⁶ “Al final de sus funciones, los miembros de la legislatura y los agentes de la ejecución, o ministros podrán ser sometidos al juicio solemne de sus representados. El pueblo sólo dirá

“Quiero que todos los funcionarios públicos nombrados por el pueblo puedan ser revocados por él, según las formas que serán establecidas, sin otro motivo que el derecho imprescriptible que le pertenece de revocar a sus mandatarios”⁶⁵⁷.

“En fin, una vez acabada la constitución y sancionadas las leyes fundamentales por el pueblo, sería necesario que todos los depositarios de los diferentes poderes fuesen constantemente vigilados por los ciudadanos y contenidos por el pueblo; lo que exige como base de la constitución el ejercicio del derecho que el pueblo tiene de reunirse cuando lo desee, y el establecimiento de una forma de comunicación entre todos los miembros del imperio para iluminarse mutuamente y tomar resoluciones unánimes para controlar a sus mandatarios, y hacerles cumplir con su deber o destituirles”⁶⁵⁸.

si ellos han conservado o perdido su confianza. El juicio que declare que han perdido la confianza comportará la incapacidad de volver a ejercer cualquier función pública” (*ibidem*, p. 216).

⁶⁵⁷ *Ibidem*, pp. 215 y 216.

⁶⁵⁸ MARAT, “Teoría constitucional”, en *Los jacobinos*, *op. cit.*, p. 291.

En los arts. 5, 7 y 17 del *Ensayo de Constitución* de Saint-Just se exponen una serie de supuestos de hecho para proceder a la revocación de los representantes de la nación.

CONCLUSIONES

1.-) Le interpretazioni ulpianea e giustiniana della *Lex Regia* costituiscono il pilastro guidico-politico intorno al quale hanno gravitato nel corso della Storia delle idee politiche due opposte teorie dello Stato: quella democratica (*populus maior princeps*) e quella assolutista (*princeps maior populo*).

2.-) Il fondamento democratico del potere politico è radicato nel concetto ulpiniano della *Lex Regia*: il popolo non aliena né trasferisce la titolarità della *plenitudo potestatis* quando designa un *princeps*, ma delega o attribuisce l'esercizio del potere pubblico e questa delega può essere revocata nel momento in cui il popolo lo ritiene opportuno.

3.-) La legittimazione monarchico-divina del potere deriva dall'adozione del cristianesimo come religione ufficiale dell'Impero Romano e dall'interpretazione giustiniana della *Lex Regia*: Dio conferisce la sovranità al popolo affinché la trasmetta o la alieni al *princeps* mediante un unico atto definitivo e irrevocabile, cosicché non può più recuperarla, né alla morte del *princeps* né mediante l'istituto della revoca, e il monarca, a sua volta, la trasferisce direttamente per via ereditaria al suo successore.

4.-) La dialettica ierocrazia *versus* cesaropapismo entrò in crisi alla fine del Medioevo quando si affermò in Europa il concetto di sovranità statale, frutto della rottura dell'unità della Cristianità –iniziata con il movimento nominalista e culminata con la Riforma protestante– che portò anche alla costituzione delle chiese nazionali –*cuius regio eius religio*– che a sua volta ha irrobustito definitivamente il potere politico-religioso del re-sovrano nel suo Stato a danno dell'autorità papale e di quella imperiale.

5.-) Il potere legislativo è il principale attributo della sovranità, *ergo*, il legislatore è il sovrano. Gli altri poteri pubblici applicano oppure fanno rispettare le norme giuridiche approvate dal legislatore, la loro facoltà di creare

o innovare l'ordinamento giuridico è limitata dal contenuto sostanziale delle leggi.

6.-) Il popolo è il legislatore perché quello che riguarda tutti deve essere deciso da tutti i cittadini e non da un individuo o da un gruppo di individui. Egli è il soggetto politico che approva le leggi migliori e che garantisce nel miglior modo possibile la libertà e l'efficacia delle norme. Il popolo è il creatore del diritto perché questo non deve essere frutto della volubile e arbitraria volontà politica dei soli governanti di un paese. Il diritto non nasce *ex nihilo*; neanche sorge per cause sconosciute ma è radicato e condizionato dalla storia, dalla cultura e dalla tradizione della nazione. Infine, la legge è una manifestazione dello spirito del popolo, la fonte dalla quale sgorgano le convinzioni giuridiche popolari.

7.-) La coscienza giuridica di un popolo si cristallizza nella consuetudine e nella legge approvata dal Parlamento, ma il lavoro dei legislatori non è innovare l'ordinamento in modo libero e indipendente dalla volontà popolare, ma di scoprire o conoscere le convinzioni giuridiche esistenti nella cittadinanza e dare loro una espressione articolata in modo da garantire la certezza del diritto.

8.-) Dal Medioevo fino alla fine dell'Antico Regime, si mantenne nell'Europa continentale una forte disputa dialettica e sociale tra la sovranità della consuetudine (sovranità popolare) e la sovranità della legge (sovranità personale del monarca), perché era in questione la titolarità della sovranità. Questo conflitto fu risolto con la Rivoluzione francese, che affermò la supremazia normativa della legge e la sovranità del Parlamento.

9.-) L'origine dello Stato per la teoria laica del contratto sociale è puramente convenzionale, risultato del concerto delle volontà dei singoli. Mentre per la dottrina cattolica del contratto sociale –elaborata dalla Scuola di Salamanca– lo Stato è l'effetto simultaneo di due cause: in primo luogo la

legge naturale, trascrizione della divina e, di conseguenza, necessaria e immutabile; in secondo luogo un fattore storico contingente, la volontà umana ovvero il consenso.

10.-) La teoria dello Stato della Scuola di Salamanca afferma che la comunità riceve da Dio il potere politico e dopo decide se esercitarlo *per se* o se trasferirlo con limitazioni precise a un re oppure a un'assemblea di notabili; quindi la comunità può avocare a se stessa l'esercizio della sovranità. Questo implica il fatto che il popolo conserva una riserva latente di potere, riserva che lo abilita a revocare la sua concessione, in tutto o in parte, quando concorra una qualsiasi delle circostanze stabilite nel *pactum subiectionis*.

11.-) La dottrina politica della Scuola di Salamanca è formalmente democratica perché le leggi approvate dall'autorità costituita non esprimono la soggettiva e congiunturale volontà generale del popolo, giacché questa è obbiettiva e atemporale: il bene comune, dunque il suo contenuto sostanziale non è frutto della deliberazione ma riflesso della legge divina e, di conseguenza, universalmente conosciuto grazie alla ragione.

12.-) La concretezza e la precisione della sovranità popolare, del diritto di revoca della forma di governo e dei governanti e il diritto di resistenza dei popoli contro il potere tirannico, che trovano le loro radici dottrinali nella Prima Scolastica, costituiscono i contributi più significativi apportati dalla Scuola di Salamanca al razionalismo politico europeo dei secoli XVII e XVIII.

13.-) Il mandato rappresentativo implica che il deputato rappresenta la Nazione, che egli sia l'interprete della volontà generale, che abbia libertà di espressione e di voto in Parlamento e che le leggi siano di portata generale.

14.-) La legge è un prodotto giuridico razionale perché la volontà generale non è una imposizione autoritaria, né è oggettiva o atemporale, ma è soggettiva, volubile e congiunturale, così la sua conoscenza o scoperta richiede

un processo deliberativo in cui si mettono a confronto le idee di tutti i deputati, riflesso delle opinioni dei cittadini, il cui risultato dialettico deve essere l'approvazione di leggi giuste.

15.-) La democrazia rappresentativa è frutto della trasformazione concettuale della democrazia operata da Condorcet. Dall'essere una *contradictio in terminis*, essa è diventata una forma politica ibrida grazie alla quale il principio democratico ha avuto una maggiore penetrazione nella struttura costituzionale dello Stato. La rappresentanza nazionale è deliberativa: i cittadini approvano o no i progetti costituzionali e normativi elaborati dal Parlamento; il suffraggio è un diritto universale e la revoca e la rendicontazione sono istituti di controllo politico della legislatura, conseguenza naturale della attitudine del popolo a giudicare pienamente la funzione pubblica rappresentativa.

16.-) L'alienazione della sovranità da parte del popolo a favore dei rappresentanti politici attraverso l'istituzione del mandato rappresentativo fu una gravissima distorsione del sistema rappresentativo introdotta dai deputati monarchici nella Costituzione francese del 1791, che istituì la sovranità del Parlamento: una forma di dispotismo aristocratico, caratterizzato dal divorzio tra il potere legislativo e la Nazione, che consente ai deputati di non esprimere nella legge l'opinione pubblica ma di presentarsi come creatori della volontà generale.

17.-) L'ideologia costituzionale ha corrotto il concetto di democrazia rappresentativa coniato da Condorcet. Questa denominazione si attribuisce oggi al sistema rappresentativo partitocratico –democrazia dei partiti–, vigente nell'Europa e caratterizzato dalla predominanza del principio rappresentativo sul principio democratico. Questa deformazione è stata perpetrata mediante la legittimazione della sovranità rappresentativa come unica via possibile e

praticabile e la conseguente condanna della via democratica come illusoria o utopica.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, M., *Informes sobre segundas cámaras en Europa: La Cámara de los Lores*, Fundación Manuel Jiménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2005, Zaragoza.
- ALFONSO X, *Las siete partidas*, Madrid, 2011.
- AQUINO, T. de, *Suma Teológica*, Madrid, 2001.
- : *Del gobierno de los príncipes*, en <http://goo.gl/8KACmq>
- : *Comentarios a las sentencias de Pedro Lombardo*, Navarra, 2013.
- ARAGÜES PÉREZ, F., *Lutero y Rousseau. Su influencia en la ideología del liberalismo capitalista*, Zaragoza, 1947.
- ARISTÓTELES, *Política*, introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, Madrid, 1988.
- : *Ética a Nicómaco*, introducción y notas de Julián Marías, Madrid, 1994.
- ARTAZA, M. M. de, *Rey, reino y representación. La Junta General del Reino de Galicia*, Madrid, 1998.
- ARTOLA, M., *Textos fundamentales para la Historia*, Madrid, 1968.
- BARKER, E., “The Parliamentary System of Government”, en *Essays on Government*, Oxford, 1965.
- BARÓ PAZOS, J., *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993.
- BARREIRO, M. E., *La fundación mítica del Estado en Jean Jacques Rousseau*, ponencia, pp. 7 y 8, en <http://goo.gl/qlIZt>
- BATTAGLIA, F., *Marsilio di Padova e la filosofia politica del Medio Evo*, Firenze, 1928.
- BAYONA AZNAR, B., *Religión y poder. Marsilio de Padua: ¿La primera teoría laica del Estado?*, Madrid, 2007.
- : *El origen del Estado laico desde la Edad Media*, Madrid, 2009.
- : “Marsilio de Padua y Maquiavelo: una lectura comparada”, *Foro Interno*, Nº 7, 2007.

- : “El poder del Papa. Aproximación a la filosofía política de Marsilio de Padua”, *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, N° 36, 2007.
- : “El significado «político» de la Ley en la filosofía de Marsilio de Padua”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 22, 2005.
- BIAGINI, H. E., “El liberalismo lockiano”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 194, Madrid, 1974.
- Biblia*, en “Biblia de Jerusalén”, edición española dirigida por José Ángel Ubieta, Bilbao, 1975.
- BLACK, A., *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge, 1996.
- BOBBIO, “Organicismo e individualismo”, *Revista Este País*, 74, México, 1997.
- BODINO, *Los seis libros de la República*, Madrid, 1992.
- BOFARRULL Y ROMANÍA, M., *Las antiguas Cortes. El moderno parlamento. El régimen representativo orgánico*, Alcalá de Henares, 1945.
- BRAVO GALA, P., “Estudio preliminar”: *Los seis libros de la República*, Madrid, 1997.
- BURDESE, A., *Manual de Derecho Público Romano*, Introducción, traducción y notas de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, 1972.
- CABALLERO VILLA, M. Y PEDRUELO MARTÍN, E., “Relaciones ciudad-procuradores-rey: Valladolid, 1592-1621. El control de los procuradores” en *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, vol. 1, Valladolid, 1990.
- CALDERÓN DE LA BARCA, *Saber del mal y del bien*.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L. y TASSI SCANDONE, E., *La Lex de Imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi* (Atti del Convegno, 20-22 settembre 2008), Roma, 2009.
- CARRETERO ZAMORA, J. M., *Cortes Monarquía, ciudades. Las Cortes de Castilla a comienzos de la Edad Moderna (1476-1515)*, Madrid, 1988.

- CICERÓN, *La república y las leyes*, edición de Juan María Núñez González, Madrid, 1989.
- : *Sobre los deberes*, Madrid, 2006.
- COLMEIRO, M., *De la constitución y del gobierno de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1855.
- : *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Madrid, 1983.
- CONDE, F. J., *Representación política y régimen español*, Madrid, 1945.
- CONDORCET., *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, introducción y traducción revisada por Antonio Torres del Moral, Madrid, 2004.
- CONSTANT, “*La libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*”, en *Escritos Políticos*, estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía, Madrid, 1997.
- CORTS GRAU, J., “El Padre Francisco Suárez y la sociedad y autoridad civiles”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 79, Nº 156, Madrid, 1930.
- COSTA, J., *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid, 1901.
- : *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Tomo I, Zaragoza, 1981.
- : *Memoria sobre oligarquía y caciquismo*, Madrid, 1902.
- D’AMICO, C., “El conciliarismo y la teoría ascendente del poder en las postrimerías de la Edad Media”, en BORÓN, A. A. (comp.) *La filosofía política clásica. De la Antigüedad al Renacimiento*, Buenos Aires, 1999.
- DENZINGER, E., *El magisterio de la Iglesia. Manual de los símbolos, definiciones y declaraciones de la Iglesia en materia de fe y costumbres*, Barcelona, 1963.
- DIOS, D. de, “La evolución de las Cortes de Castilla en los siglos XVI y XVII”, en CLAVERO, B. GROSSI, P. Y TOMÁS Y VALIENTE, F. (*a cura di*), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, 1990.

- DUFOUR, A., “Savigny y el pensamiento del siglo XVIII”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 8, 1981.
- DUVERGER, *Las dos caras de Occidente*, Madrid, 1972.
- Encíclica de Pío XI, *Divinis Illius Magistri*, en <http://goo.gl/gwr4x6>
- Encíclica de León XIII, *Diuturnum illud*, en <http://goo.gl/Va5GE9>
- ESCUADERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1995.
- ESTEPA DÍEZ, C., “Curia y Cortes en el Reino de León” en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, vol. I, Valladolid, 1988.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. y VARELA SUANCES-CARPEGNA, J., (coord.) *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*. “Conceptos de Constitución en la historia”, 6/2010.
- FORTEA PÉREZ, J. I., *Las Cortes de Castilla y León bajo los Austrias. Una interpretación*, Valladolid, 2008.
- GALÁN GUTIÉRREZ, E., *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, 1945.
- GALILEI, G., *Il Saggiatore*, Roma, 1623, citado por *Le opere di Galileo Galilei*, diretta da Antonio Favaro, Florencia, 1968, vol. VI.
- GALLEGO BLANCO, E., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media*, Madrid, 1973.
- GANSHOF, F. L., *El feudalismo*, Barcelona, 1985.
- GARCÍA CUE, J. R., “Teoría de la ley y de la soberanía popular en el «Defensor Pacis» de Marsilio de Padua”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 43, 1985.
- GARCÍA GALLO, A., “Alcaldes Mayores y Corregidores en Indias”, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972.

- : “La división de competencias administrativas en España en la Edad Moderna”, *Actas del II Simposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971.
- GARCÍA MARÍN, J. M., “La doctrina de la soberanía del monarca”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 1/1998: Soberanía y Constitución.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1984.
- GIACOMO, M. di, “Marsilio de Padua y las teorías emergentes de gobierno”, *Apuntes filosóficos*, 40, 2012.
- GODECHOT, J., *Los orígenes de la revolución francesa*, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ, F. A., *Colección de cánones de la Iglesia española*, notas e ilustraciones Juan Tejada y Ramiro, tomo II, Madrid, 1850.
- GONZÁLEZ, N., “Identidad y unidad de Europa en la historia (El siglo XVIII)”, en BADA, J., y GARCÍA DONCEL, M., (coords.) *Europa. Raíces y horizontes*, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., “Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla bajomedieval”, en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, vol. II, Valladolid, 1989.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M^a. *et alii*, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1980.
- GONZÁLEZ VICEN, F., “La Escuela histórica del derecho”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Nº 18-19, Granada, 1978-1979.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, I., *La justicia, el gobierno y sus hacedores: la Real Chancillería de Granada en el Antiguo Régimen*, Granada, 2003.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 57 (1951); 60 (1951) y 63 (1952).
- GOURON, A., “Sur les origines de l’expression «Droit coutumier», *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, Nº1, 1988.

- GROSSI, P., *El Orden Jurídico Medieval*, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, 1996.
- GUARDIOLA SÁEZ, L., *El corregidor perfecto y juez*, Madrid, 1796.
- HOFMANN, H., *Rappresentaza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'ottocento*, Milano, 2007.
- HOBBS, *Leviatán*, Madrid, 1999.
- HORN, N., "Sobre el Derecho natural racionalista y el Derecho natural actual", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 1, 2000.
- HOWARD McILWAIN, C., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991.
- IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Granada, 1998.
- Iglesia Viva*, nº 237, Valencia, 2009.
- JUSTINIANO, *El Digesto*, traducido por Álvaro d'Ors, 3 vols. Pamplona, 1968-1975.
- : *Instituciones*, edición de Joseph Louis Elzear Ortolan, Buenos Aires, 1947.
- KAMEN, H., *Una sociedad conflictiva: España, 1469-1714*, Madrid, 1984.
- LABANCA, B., *Marsilio da Padova riformatore político e religioso del secolo XIV*, Padua, 1882;
- LADERO, M. A., *Historia Universal de la Edad Media*, Barcelona, 1987.
- LANZA, C., "Sovranità", poteri e lex de imperio Vespasiani", en CAPOGROSSI COLOGNESI, L. y TASSI SCANDONE, E., *La Lex de Imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi* (Atti del Convegno, 20-22 settembre 2008), Roma, 2009.
- LISSARRAGUE, S., *La teoría del poder en Francisco de Vitoria*, Madrid, 1947.
- LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, 2010.
- LOMBARDÍA, P., "Síntesis histórica", en GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M^a. *et alii*, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1980.
- LOPE DE VEGA, *El caballero de Olmedo*, edición de Teresa Garbí, Madrid, 2004.
- : *Lo cierto por lo dudoso*, en <http://goo.gl/mLx6v>.

- LÓPEZ BRAVO, M., “Del rey y de la razón de gobernar”, en MÉCHOULAN, H., *Mateo López Bravo: un socialista español del siglo XVII*, Madrid, 1977.
- MADISON, *El Federalista*, Madrid, 2001.
- MAIR, L., *Introducción a la antropología social*, Madrid, 1975.
- MALINOWSKY, B., *Crimen y costumbre en la sociedad primitiva*, Barcelona, 1991.
- MARAÑÓN, G., *Antonio Pérez*, Madrid, 2006.
- MARAT, “Sobre una importante reforma agraria”; “Teoría constitucional”; “Plan de legislación criminal y anteproyecto de declaración de derechos del hombre”, en *Los jacobinos*, selección y prólogo José Álvarez Junco y Emilio Gilolmo, Madrid, 1970.
- MARAVALL, J. A., “El siglo del Barroco”, *Estudios de historia del pensamiento español*, vol. III, Madrid, 1984.
- : *Estado moderno y mentalidad social*, Tomo I, Madrid, 1972.
- : *La oposición política bajo los Austrias*, Madrid, 1974.
- : *Las comunidades de Castilla*, Madrid, 1963.
- MARIANA, *Del rey y de la institución real*, Madrid, 1981.
- MARQUÉZ, J., *El gobernador cristiano, deducido de las vidas de Moysen y Josué*, Bruselas, 1664.
- MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio crítico a la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820
- : *Teoría de las Cortes*, Oviedo, 1996.
- MCILWAIN, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991.
- MILL, J. S., *El gobierno representativo*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- MONSALVO ANTÓN, J. M^a., “Costumbres y comunales en la tierra medieval de Ávila. (Observaciones sobre los ámbitos del pastoreo y los argumentos rurales en los conflictos de términos)”, en DIOS, S. de, INFANTE, R., ROBLEDO, R., TORIJANO, E., (Coords.) *Historia de la propiedad, costumbre y prescripción*, Madrid, 2006.

- MONTARGÓN. J., *Diccionario Apostólico*, vol. IV, traducido por Francisco Mariano Riphó, Madrid, 1795.
- MONTESQUIEU, *Grandeza y decadencia de los romanos*, Barcelona, 1962.
- MOREAU, J., *Rousseau y la fundamentación de la democracia*, Madrid, 1977.
- MURILLO FERROL, F., “El pacto social en Suárez”, *Archivo de Derecho Público*, N°1, Granada, 1948.
- : “Sociedad y política en el «Corpus Mysticum Politicum», de Suárez”, *Revista Internacional de Sociología*, N°31, 1950.
- : *Saavedra Fajardo y la Política del Barroco*, Madrid, 1957.
- ORLANDIS, J., “El poder real y la sucesión al trono en la monarquía visigótica”, *Estudios Visigóticos*, vol. III, Madrid, 1962.
- Ib. y RAMOS LISSÓN, D., *Historia de los concilios de la España romana y visigoda*, Pamplona, 1986.
- ORTEGA Y GASSET, *Del Imperio Romano*, Madrid, 1941.
- : “Sobre la muerte de Roma (III)”, *El Sol*, 2-IX-1926.
- PACHECO, J. F., “Introducción”, *Códigos españoles*, Madrid, 1847.
- PADUA, M. de, *El defensor de la paz*, estudio preliminar, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Madrid, 2009.
- : *El defensor menor*, Madrid, 2005.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *La noción del Estado*, Madrid, 1970.
- PÉREZ-PRENDES, J. M., *Cortes de Castilla*, Barcelona, 1974.
- : *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1989
- PÉREZ SERRANO, N., “Constitucionalismo y Codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. Extraordinario, tomo XXV, 193 de la Colección, Madrid, 1953.
- PIAIA, G., *Marsilio da Padova nella Riforma e nella Controriforma*, Padua, 1977.
- PIO, B., “Il pensiero politico di Bartolo”, *Atti del I Convegno storico internazionale: Bartolo da Sassoferrato nel VII Centenario della Nascità: diritto, politica, società*, Perugia, 2013.

- : “Considerazioni sulla “lex regia de imperio” (secoli XI-XIII)”, *Scritti di storia medievale offerti a Maria Consiglia de Matteis*, Spoleto, 2011.
- PRIETO GARCÍA, R., “Las Cortes del Despotismo Ilustrado”, en *Las Cortes de Castilla y León 1188-1988*, Valladolid, 1990.
- PRIETO PRIETO, A., “La autenticidad de los «*decreta*» de la curia leonesa de 1188”, en *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988*, Valladolid, 1990.
- RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, 1996.
- RIESCO TERRERO, A., “Los oficios públicos de gobierno, administración, justicia y recaudación y los de garantía de la fe documental en la Corona de Castilla a la luz de una disposición de los Reyes Católicos de finales del siglo XV”, *Documenta & Instrumenta*, nº 3, 2005.
- RIVADENEYRA, P. de, *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano para gobernar y conservar sus estados*, Madrid, 1788.
- ROBESPIERRE, “Proyecto de Declaración de los Derecho del Hombre y del Ciudadano”; “Discurso sobre la Constitución”; “Discurso sobre las subsistencias y el derecho a la existencia”; “Discurso contra el régimen censitario”, en *Por la felicidad y por la libertad*, edición de Bosc, Y., Gauthier, F. y Wahnich, S., Barcelona, 2005.
- ROCHE ARNAS, P., “La «*plenitudo potestatis*» en el Defensor Minor de Marsilio de Padova”, *Éndoxa: Series filosóficas*, Nº 6, Madrid, 1995.
- : “La Ley en el Defensor Minor de Marsilio de Padua”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, Nº2, 1995.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., “La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca”, *Anuario de Filosofía el Derecho*, VIII, 1991.
- ROUSSEAU, *Discurso sobre las ciencias y las artes, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres y El contrato social*, Madrid, 2001.

- : *Discurso sobre la economía política*, en <http://goo.gl/7O3pa9>
- : *Proyecto de Constitución para Córcega y Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, estudio preliminar y traducción de Antonio Hermosa Andújar, Madrid, 1988.
- : *Cartas desde la montaña*, Sevilla, 1989.
- RUIZ DE ALARCÓN, *Los pechos privilegiados y Ganar amigos*, edición, introducción y notas Agustín Millares Carlo, Madrid, 1972.
- SAAVEDRA FAJARDO, D. de, *Idea de un príncipe político cristiano representado en cien empresas*, Murcia, 1985.
- : “Instrucciones a la política y razón de Estado del rey católico don Fernando”, en *Obras Completas*, recopilación, estudio preliminar y notas de A. González Palencia, Madrid, 1946.
- SAINT-JUST, “Discurso sobre la Constitución de Francia” en *La libertad pasó como una tormenta*, edición de Carlos Valmaseda, Barcelona, 2006.
- : “Ensayo de Constitución para Francia” en *Discursos, dialéctica de la revolución*, traducción Jaime Fuster, Barcelona, 1970.
- SALAMONE, M. A., *La idea del contrato social en Mario Salamone de Alberteschi: sus vínculos con la escuela de salamanca y el constitucionalismo inglés*, Madrid, 2005, (tesis doctoral), en <http://goo.gl/qhGCBX>
- SALAMONE, *De Principatu*, en D’ADDIO, M., *L’idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il "De principatu" di Mario Salamonio*, Milán 1954, transcrito literalmente en el apéndice de SALAMONE, M. A., *La idea del contrato social en Mario Salamone de Alberteschi: sus vínculos con la escuela de salamanca y el constitucionalismo inglés*, Madrid, 2005, (tesis doctoral), <http://goo.gl/qhGCBX>
- SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ, J. J., *Nobleza, privilegios y prerrogativas del oficio de escribano*, Valencia, 1794.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, 1962.

- SANTAOLALLA, F., “Esencia y valor de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 16, 1989.
- SARRIÓN GUALDA, J., “La interferencia del rey en la designación y poderes de los procuradores en las Cortes castellano-leonesas (siglos XVI-XVII)”, en *Homenaje al profesor Jesús Lalinde Abadía. Centralismo y Autonomismo en los siglos XVI y XVII*, Barcelona, 1989.
- SASSOFERRATO, *De regimine civitatis*, edición de Diego Quaglione *Politica e diritto nel Trecento italiano*, Florencia, 1983.
- SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, traducción Alfonso Posada, Madrid.
- : “Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica”, *Revista para la Ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, Nº1, p. 16, citado por *La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, traducido por Rafael Atard, Madrid, 1908.
- : *Sistema del Derecho Romano Actual*, Granada, 2005.
- SERNA VALLEJO, M., “Costumbre y prescripción: un diálogo entre historiadores, juristas y sociólogos”, en DIOS, S. de, INFANTE, R., ROBLEDO, R., TORIJANO, E., (Coords.) *Historia de la propiedad, costumbre y prescripción*, Madrid, 2006.
- SEVERO CHUMBITA, J., “Apropiación privada de la tierra y derechos políticos en la obra de John Locke”, *INGENUM. Revista de historia del pensamiento moderno*, Nº 7, 2013.
- SIEYÈS, “¿Qué es el tercer estado?”; “Ensayo sobre los privilegios” e “Ideas sobre los medios de actuación que podrán disponer los representantes de Francia en 1789”, en *El tercer estado y otros escritos*, edición y traducción de Ramón Máiz, Madrid, 1991.
- : “Sobre los acuerdos que deberán adoptar las asambleas de los Bailiazgos”; “Algunas ideas de la Constitución aplicables a la ciudad de París”; “Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del

hombre y del ciudadano”; “Observaciones sobre el dictamen del Comité de Constitución concerniente a la nueva organización de Francia”; “Aproximación a una nueva organización de la Justicia y de la Policía en Francia”; “De los beneficios de la libertad en el Estado y en el sistema representativo; Fundamentos del Estado”; “Las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional”, en *Escritos y discursos de la Revolución*, edición, traducción y notas de Ramón Máiz, Madrid, 1990.

STUBBS, W., *The constitutional history of England and its origin and development*, New York, 2011.

SUÁREZ, *Defensa de la fe*, Madrid, 1970.

–: *Tratado sobre las leyes*, Madrid, 1967.

TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, 1989.

–: *Introducción al estudio de la Constitución*, México, 1998.

The Levellers. Los debates de Putney, presentación de Marco Revelli y traducción de María Hurtado Mirón, Madrid, 2010.

THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Barcelona, 1995.

THOMPSON, I. A. A., “Cortes y ciudades: tipología de los procuradores (extracción social, representatividad), en las *Actas del Congreso Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid, 1989.

TOMÁS Y VALIENTE, F., “El gobierno de la monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII”, en *Historia de España*, Madrid, 1982.

TORRES DEL MORAL, A., *1812: La apuesta constitucional de Cádiz*, Cádiz, 2014.

–: “Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos”, *Revista de Derecho Político*, N° 14, 1982.

–: “Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 203, 1975.

- ULLMANN, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, 1983.
- : *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, 1985.
- : “De Bartoli sententia: concilium repraesentat mentem populi”, *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, vol. II, Milano, 1962.
- VALVERDE CASTRO, M^a. R., *Ideología, simbolismo y ejercicio del poder real en la monarquía visigoda: un proceso de cambio*, Salamanca, 2000.
- VARELA SUANCES, J., “La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 1/1998, Soberanía y Constitución, Oviedo.
- VÉLEZ DE GUEVARA, *La serrana de la Vera*, edición de Enrique Rodríguez Cepeda, Madrid, 1982.
- VITORIA, *De la potestad civil y De la potestad de la iglesia*, Madrid, 1960.
- : *El derecho de la guerra*, Madrid, 2007.
- WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, 1999.
- WOOLF, C. N. S., *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought*, Cambridge, 2012.
- ŽIŽEK, S., *Robespierre. Virtud y terror*, Madrid, 2010.