

introducción a una sociología política

ARTURO GONZÁLEZ COSÍO

La brevedad y el objeto de esta introducción no nos permiten tratar a fondo problemas tan delicados como los que aquí se esbozan. Estas líneas son un simple bosquejo de toda una problemática: individuo, sociedad, Estado, Derecho, etcétera. Es un intento de plantear sus conexiones, divergencias, contradicciones y aquella circunstancia histórica en la que se dan, así como algunos de sus lineamientos doctrinarios.

I

INDIVIDUO, SOCIEDAD Y ESTADO

La historia y la naturaleza del hombre nos muestran su indiscutible dimensión social.

La vida de la sociedad primitiva o desarrollada es un complejo de fenómenos de correlación, de influencias y respuestas, de acción y reacción.

En toda vida humana es de observarse la repetición de los actos con los que el hombre opera frente al medio o respecto de acciones que alguno o algunos de los integrantes del grupo humano verificó y que lo involucran en cierta forma. Puede ser consciente o automática; cuando es consciente se torna costumbre, sucesiva y variable, una y múltiple, rígida y mutable.

La sola repetición inconsciente de actos no es para

mí costumbre y para poder diferenciarlos de ella los denomino hábitos; éstos pueden ser la base de una costumbre, basta que su repetición se torne consciente.

La vida social tiene como norma constante la repetición de actos y conductas, al formar costumbres que son acciones o reacciones del hombre frente al medio, posiciones que temporalmente toma el hombre en relación con el mundo circundante.¹

La sociedad es, pues, una red de acciones y reacciones, de costumbres, de formas de comportarse del hombre, de posiciones que adquiere y modifica en la dinámica de su existencia.

La costumbre tiene una naturaleza que se fuga muchas veces al análisis, pero creo que se le podría definir como la repetición consciente de un comportarse que dentro de su determinación lleva la posibilidad de ser modificada. Costumbre es un repetir, pero un repetir que puede alterarse y ser orientado en nuevas direcciones. La costumbre es, pues, un actuar repetido, mutable y necesario, cuya flexibilidad y cambio están sujetos a la forma de vivir del grupo humano donde se realiza. Toma por ello los matices más variados, desde la rigidez hasta la anarquía.

¹ "La formación de la costumbre se ha debido a la acción de dos fuerzas psicológicas, que siempre, pero especialmente en el hombre primitivo, han tenido gran eficacia: el *hábito* y la *imitación*." Icilio Vanni, *Filosofía del Derecho*, p. 168.

El hombre es un complejo de costumbres y hábitos, de posiciones que adopta frente a la existencia. Es un ser social que conforma la sociedad y que a su vez, en cada uno de sus actos, recibe su influencia, es un producto social que a su vez produce la sociedad.

El hombre nace frente a determinadas condiciones de las que no puede sustraerse y con las que debe contar: la sociedad, la naturaleza y su constitución. Ante cada uno de estos presupuestos que poseen propias leyes tiene el hombre que enfrentar su inexperiencia y poco a poco su experiencia que no viene a ser sino la constatación de las leyes de la naturaleza, de la sociedad y de su yo. Y al enfrentar su yo —su experiencia mezclada al medio (naturaleza y sociedad)— se va hilando y entrelazando al mundo circundante y va adquiriendo así direcciones, conductas, necesidades y obligaciones.

El ser humano posee dos instintos que se contradicen y equilibran: el instinto gregario y el instinto de conservación; en otras palabras, sociedad e individuo, necesidad de vivir en sociedad y egoísmo.²

² "O homem, sendo per necessidade um animal político, é e será sempre como que Jano bifronte: tem uma face voltada para si mesmo, para o que há de permanentemente diferenciado a próprio em sua individualidade (dá as tendências individualistas e egocêntricas) e uma outra face voltada para os outros homens, para todas as vicissitudes da vida em comunidade (dá as tendências socialistas e altruistas). Qualquer concepção política ou jurídica que não souber atender, ao mesmo tempo, a esse duplo aspecto ou a essa dupla dimensão do homem, estará fora de verdade, tornado-se difícil, quando não impossível, abraçar a complexidade toda dos fenômenos sociais." Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, p. 53.

Otra manera de plantear esta duplicidad y pugna es de observarse en el libro de Erich Fromm, *Ética y psicoanálisis*, p. 241: "La sociedad, sin embargo, puede estar organizada, al mismo tiempo, de tal modo que las normas necesarias para su supervivencia estén en conflicto con las normas universales necesarias para el más completo desarrollo de sus miembros."

Otra perspectiva de la misma tensión la expresa Luis Recaséns Siches en su libro *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 138: "Así, pues, la vida social es para el hombre tan esencial como su propia vida individual."

Francesco Gosentini, en la p. 45 de su *Filosofía del Derecho* considera al Derecho como el factor de equilibrio entre los dos móviles fundamentales del hombre: "Dos móviles generan la acción social del individuo: el primero es el *egoísmo* y el Estado lo subordina por medio de la recompensa y del castigo. El segundo es el que se relaciona con la abnegación, el *altruismo*, y es el sentimiento del destino moral de la existencia. El individuo no existe sólo para sí, es solidario con la humanidad entera: obedeciendo a tal sentimiento, cumple su afirmación moral. La vida del derecho se desarrolla en el perfecto equilibrio de tales fines subjetivos."

En la lucha de estos instintos se sintetizan todas las otras: la búsqueda de los valores, la conquista del poder, la soledad, el progreso. Son extremos de un solo cordel, tanto cuanto se tira de un lado se pierde del otro y viceversa. Sólo el equilibrio de ellos puede darle al hombre la clave de su vida: insustituible, propia, íntima, social, constructiva y pública.

En las diversas etapas históricas el hombre ha tenido una definición y un sitio distintos. El medio, las necesidades, las formas de vida le han dado determinantes que lo orientan en diferentes direcciones. De ellas toma el hombre perfil, pero sólo cuando adopta una actitud que digiere, digámoslo así, el medio ambiente, en una posibilidad personal de ser. Ésta es la forma de la libertad.³ Libertad de absorber las determinantes del medio en una conducta y necesidad de comportarse, de habituarse, de hacerse un poco está-

³ En este mismo sentido es de tomarse la afirmación de Bochenki: "...es cierto que el hombre mismo se halla determinado por sus propias leyes pero tiene conciencia de ellas y su libertad consiste —como sostenía Hegel— sencillamente, en la conciencia de la necesidad."

Para Fichte, citado por Luis Recaséns Siches en su libro *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 245: "Lo esencial de la personalidad consiste en ser libertad que se propone fines."

En el mismo libro del citado autor, p. 251, se expresa el siguiente pensamiento de Nicolai Hartmann: "Estas dos dimensiones fundamentales de la persona —el albedrío y la titularidad de los valores éticos— se hallan enraizadas la una en la otra recíprocamente."

En la p. 89 del libro, y siguiendo el pensamiento de Kant se dice: "El obrar del hombre estará incluido en la determinación causal, pero en la decisión hay algo que entraña un elemento nuevo no contenido en la precedente serie causal."

En la p. 254, explicando el pensamiento de Martín Heidegger, dice Luis Recaséns Siches: "La preocupación de la existencia que se ha encontrado a sí misma, la propia existencia profunda, la existencia de la libertad; la radical e indeterminada angustia que nos hace patente la nada; el sentido de la muerte donde el hombre está plenamente en sí y como separado de los demás seres."

En todos estos diferentes planteamientos del problema es de notarse la aceptación general de que el hombre frente al mundo circundante, frente a las leyes necesarias de la causalidad, tiene una dimensión nueva y distinta a la de la naturaleza, que fundamenta la historia y da sentido a la existencia del hombre como tal. Ésta es la libertad o historicidad o personalidad, llámesele como se quiera.

Es indiscutible que el hombre, para poder crearse a sí mismo y a su mundo social, requiere la absorción de todo lo que es distinto y que se le presenta bajo un sistema de normas en parte diferentes: "Porque el hombre es un eterno buscar el ser y a sí mismo que sale al encuentro de sus posibilidades y 'lo en-sí' se le aparece necesariamente como un medio al servicio de sus proyectos." (Martín Heidegger, citado por I. M. Bochenki, *La filosofía actual*, p. 195.)

tico y "predecible". Este comportamiento lleva en sí una paradoja: la lucha que se verifica en el hombre mismo. La necesidad de vivir en sociedad y la sed personal de autodeterminarse. El deseo de influir y la pesada carga de las influencias que paso a paso lo forman y obligan de manera distinta a su voluntad.

— La sociedad presupone un orden, sea éste de la especie que sea, ya que sin él no es posible la convivencia y sin ella no es factible la vida.

El convivir es un comportarse, un tomar posiciones frente a los demás hombres; es un experimentar, un formar experiencias que le dan al hombre una ley de gravedad, un raigambre en la sociedad. De esto deviene el orden social que no es sino un poder contar con cierta conducta,⁴ un "poder contar con" en general.

⁴ Hermann Jahrreiss define en su libro *Grösse und Not der Gesetzgebung*, p. 7, lo que es orden social: "Was ist also Sozial-Ordnung? Nichts anders als dies: Rechnen-Dürfen, Sich-Verlassen-Dürfen darauf, dass sich bestimmte Menschen in bestimmten Lagen zu bestimmten Menschen so verhalten werden, wie sich bisher in solchen Lagen verhalten haben: Sozial-Ordnung ist Sozial-Berechenbarkeit."

Ningún tratadista ha conseguido plantear el problema del orden social con más perfección y claridad; sin embargo, hay una serie de antecedentes en autores de distintas nacionalidades y modos de pensar. Francesco Cosentini en las pp. 118 y 119 de su *Filosofía del Derecho*, dice: "Estas idealidades humanas no se desprenden de un principio metafísico, no son esquemas lógicos, o simples impulsiones volitivas, sino una lenta formación natural, producto psíquico muy complejo, en continua transformación: constituyen un verdadero sistema, en que se armonizan un orden de cosas y un orden de acciones, son una síntesis, que comprende todos los aspectos de la opinión pública, venciendo los egoísmos particulares y dominando los conflictos entre los varios elementos sociales." "Toda difusión tiende a la objetivación: los modos subjetivos de sentir y de pensar se transforman rápidamente en modos comunes de sentir y de pensar."

Otra manera de expresar la estructura del orden social es de observarse en el libro de Luis Recaséns Siches, *Lecciones de sociología*, p. 700: "La convicción del grupo consiste en la convergencia de las convicciones de sus miembros, las que, en interacción recíproca, forman un modo colectivo de existencia. Se produce entonces un influjo mutuo entre el hecho de la creencia de todos y la de cada uno. Es decir: cada miembro participa en la creencia de los demás, sintiendo ésta como un hecho objetivo en el cual él se halla inmerso."

Ícilio Vanni, el brillante profesor de Del Vecchio, dice en las pp. 274 y 356 de su *Filosofía del Derecho* lo siguiente: "El hombre es un ser social por naturaleza y por instinto: *convive* efectivamente en sociedad con los demás hombres, y además de convivir *coopera* con ellos... Hay, pues, necesidad, para que viva en sociedad y coopere, de uniformarse a las condiciones y exigencias fijadas o impuestas para el estado social. Establecese así el fundamento de la Ética en general, que demuestra intrínsecamente necesarias qué formas y modos de conducta se requieren para *condiciones de la vida en común*." "La indivi-

Este orden social presupone un comportarse repetido, un esquema de costumbres.

Se presenta nuevamente el problema de la libertad, ya que, en última instancia, el orden social es la costumbre, la experiencia, "el contar con", productos de un yo presionado que no se da en toda su espontaneidad y que se queda un tanto retraído con una voluntad predispuesta a no obedecer. Esa norma —ya sea social o jurídica— que en rigor debe estar originada en los comportamientos de los hombres, es una conducta con la que "ya cuenta la sociedad" y que por lo mismo tiene una cierta alteración en su libre darse.

Es por eso muy importante la posibilidad de absorber las determinantes del medio, función adaptadora que le da al hombre una dimensión real de su libertad.

Normalmente ese orden social, constituido por el convivir humano, es el presupuesto de todo orden jurídico,⁵ ya que sin orden social no tienen los estratos sociales un crecimiento natural hasta llegar al orden

dualización de las partes es causa y condición de la más perfecta organización del todo social." "Y los dos principios muestran que el individuo y la comunidad están entre sí *en relación de causa y de condición recíproca*." El informado profesor de la Universidad de São Paulo, Miguel Reale, siguiendo a Petrasizki, apunta una descripción de lo que es el orden social: "A obrigação surge do contacto do momem com a fato isto é, da apreciação que o homem faz de certas relações sociais, uma vez que, se, como nota Petrasizki, todo juízo sobre a conducta humana desperta emoções especiais de adesão ou de repulsa que se consubstanciam em juízos normativos, é preciso reconhecer que a causa dessas atitudes só pode ser encontrada no estudo dos valores, fonte verdadeira da normatividade."

El eminente tratadista alemán Hermann Heller aprovecha en parte las teorías de Jahrreiss, pero en su artículo "Bemerkungen zur staats- u. rechtstheoretischer Problematik der Gegenwart" publicado en la revista *AöR* (Bd. 16 Hft. 3), p. 337, irónicamente apunta conceptos críticos en contra de la posibilidad de establecer un sistema social de "predecibilidad" (siguiendo la terminología de Jahrreiss): "Nun, da das subjektive Wollen überhaupt kein Sollen mehr über sich anerkennt, nun ist der Zirkel zwischen Wollen u. Denken völlig unlösbar geworden, das Bewusstsein in allen seinen Inhalten u. Formen nur noch eine Waffe im individuellen, kaum noch sozialen Machtkampf. Uebrig bleibt der Versuch, experimentell die äusserlichen Gleichförmigkeiten Menschlichen Verhaltens von Augenblick zu Augenblick nachzuweisen, um auf diesem Wege hypothetische Begriffsbildungen zu verifizieren. Anspruch auf Geltung konnten aber diese Begriffe nur dann machen, wenn die Menschen vollständig berechenbare, äquivalente Partikelchen wären, für die es keine Geschichte, sondern lediglich ein naturgesetzliches Müssen gibt."

⁵ Alrededor de la idea de que el derecho es y debe ser una derivación de la vida social, concuerdan casi todos los autores, desde luego siguiendo sistemas y teorías distintas, pero sin negar en el fondo esta afirmación: Ícilio Vanni, en las pp. 122 y 186 de su *Filosofía del Derecho*, dice: "La relación jurídica, antes de ser tal, es una *relación de vida social* (*Le-*

jurídico. Lo que da solidez y razón de ser al orden jurídico —más estático— es la movilidad y la complejidad del orden social que se hace y deshace, se forma y transforma incesantemente. Esta diferencia de velocidades, este tiempo distinto del orden jurídico y del orden social es precisamente lo que puede permitir un desenvolvimiento armónico de la vida humana.

Cuando el orden jurídico se impone independientemente del orden social y el grupo humano reacciona con una desobediencia práctica en contra de todo el

bensverhältnis, o sea una relación que surge en el seno de la comunidad por las varias necesidades de la vida.” “Por lo contrario, el Derecho, como la religión, la costumbre y el lenguaje, es el producto de una íntima labor de la conciencia social, es un fenómeno psico-colectivo, y, como decía Wrundt, uno de los productos espirituales de la comunidad.”

Edgar Bodenheimer, en la p. 285 de su *Teoría del Derecho*, criticando a aquellos que quieren separar al derecho de la realidad social, dice: “La jurisprudencia sociológica ha llevado a la Ciencia del Derecho a una relación íntima con los hechos y realidades de la vida social. Ha demostrado que el Derecho es un producto de las fuerzas sociales y no meramente un mandato forma del soberano. Ha subrayado la interdependencia entre el Derecho y las demás fuerzas sociales. Fue un error de parte de muchos juristas de la escuela analítica suponer que el Derecho podía ser colocado en el vacío y entendido o administrado sin considerar sus finalidades sociales.” Leon Duguit, el eminente tratadista francés, cayendo en uno de los errores —extremismo— de la escuela positiva, afirma en las pp. 106-107 de su libro *El pragmatismo jurídico* lo siguiente: “La regla de derecho es siempre una regla de costumbre, que en un momento dado se transforma en regla de derecho, o como consecuencia de un sentimiento de justicia, o por la necesidad de defender las necesidades sociales.” “La regla de derecho, que no es otra cosa sino la regla de costumbre, cuando llega a ser sancionada de modo organizado, tiene iguales caracteres que la regla de costumbre. Si ésta se explica y deriva, y es comprensiva del hecho social, la regla de derecho tiene igual naturaleza, es decir, se explica y se elabora sin necesidad de un principio superior, de un concepto —basta el hecho.”

Franco Cosentini, intuyendo la relación entre el orden social y el orden jurídico, afirma en la p. 69 de su *Filosofía del Derecho*: “La relación jurídica es implícitamente una relación de vida social, surge en la comunidad en correspondencia con las exigencias de la vida en común y adquiere un valor jurídico, luego que una norma la reconoce y garantiza.”

Mario de la Cueva, con toda claridad expresa esa integración de vida social y derecho en la p. 77 de su *Teoría del Estado*: “El Derecho no es un producto de la razón de los teóricos, de los filósofos, sino un resultado de la vida y de la solidaridad sociales; es el mínimo de principios morales y económicos —productos éstos de la ley social, la que, a su vez, deriva del hecho de la solidaridad social— que en cada época histórica corresponden a dos sentimientos generales de los hombres que componen la comunidad: el sentimiento de sociabilidad y el sentimiento de justicia. Estos dos sentimientos, que no son ideas que están flotando sobre los hombres en un espacio o mundo trascendentes.”

Luis Recaséns Siches, en la p. 63 de su libro *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, afirma atinadamente: “El legislador no puede crear en su actividad jurídica, pasiones, necesidades, deseos, en una palabra, no puede inventar una naturaleza humana y una economía concretas a su gusto y capricho, sino que tiene que conformarse con las que se encuentran de modo real ante sí, en un espacio y tiempo determinados, *hic et nunc*.” En la misma página cita un pensamiento del famoso jurista alemán Rudolf Stammler: “Ahora bien, como la esencia de lo jurídico está en el planteamiento de fines y

sistema jurídico (no se trata aquí de una norma o de un grupo de normas, sino de toda la juridicidad) tenemos un ejemplo evidente de patología social, de enfermedad social producida por presión que impide la continuación del desenvolvimiento normal de la existencia.”⁶

La vida humana podría darse sin orden jurídico⁷ y podría bastar el orden social para mantener la existencia humana en un nivel natural y sin evolución (orden social en el sentido ya denotado); pero lo que a mi modo de ver permite el desarrollo de la existencia humana, la cultura, la civilización, es ese contrapeso, ese ordenar que es “instancia” ante el cual el vivir —tomar posiciones, conducirse, comportarse— se orienta y ordena. La juridicidad debe ser el cauce donde el caudal social corra sin que las leyes de su vida interior se alteren hasta la pérdida de su naturaleza y razón de ser.

El orden social es, pues, una red de interacciones, pero con una característica especial: que los seres

elección de medios, en una forma especial, de ahí que de ningún modo hemos de permanecer ligados férreamente a los ritmos de la materia social.” Este pensamiento naufragando se salva por la palabra *férreamente*, ya que el vínculo entre Derecho y la materia social no puede ser esclerótico, sino que debe dinámicamente ir dando forma a los innumerables modos de ser de la vida social, como lo veremos más adelante en esta misma introducción.

La crítica más dura que ha recibido el formalismo proviene del eminente tratadista alemán Hermann Heller que en su ensayo: “Bemerkungen zur staats-u. rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart”, p. 323 *AöR* (*Bd. 16 Hft. 3*), dice: “Das letzte, klar zutage liegende Ergebnis, das jedermann beschäftigen u. beunruhigen musste, ist die gespensterhafte Unwirklichkeit einer Staatslehre ohne Staat und einer Rechtswissenschaft ohne Recht.”

⁶ Con relación al nexo que debe existir entre el Derecho y la sociedad, sostienen los tratadistas de la Escuela Positivista Kirchmann y Bierling postulados unilaterales, pero aclaratorios de este importante problema. Para Kirchmann lo vinculatorio entre el Derecho y la sociedad es el respeto a la fuerza del superior (Achtung), para Bierling, evitando la simplicidad y el error de Kirchmann, ese vínculo es el reconocimiento (Anerkennung). En todo caso para estos dos autores el respeto o el reconocimiento deben ser previos a la Ley, y por lo mismo, el reconocimiento o el respeto son la fuente de la validez del derecho. Posteriormente, Jellinek habla de la importancia que tiene que el Derecho encuentre en los destinatarios de la norma una respuesta positiva, una aceptación, ya que sin ella el Derecho pierde su función, pues provoca una reacción de oposición y toda una circunstancia artificial que altera y deforma el desarrollo normal de la vida social. (*Allgemeine Staatslehre*, p. 334: “Zur Geltung des Rechtes gehört es aber weiter, dass seine psychologische Wirksamkeit garantiert ist.”) El derecho no puede ni debe ser una camisa de fuerza que mantenga al grupo humano artificialmente en una forma y orden determinados.

⁷ Hermann Jahreiss, en este mismo sentido, dice en su libro: *Grösse und Not d. Gesetzgebung*, p. 17: “Die Welt des Gesetzgebens ist für das Zusammenleben der Menschen nicht naturnotwendig; Sozial-Ordnung ist auch ohne Legislatur möglich.”

humanos, a través de la repetición habitual de conductas, esperan, en determinadas condiciones y respecto a ciertos comportamientos, ciertas reacciones. Esto es lo que llama Jahrreiss “predecibilidad” (Berechenbarkeit). En otras palabras, un ser humano puede, en determinadas condiciones, “predecir” la conducta de otro ser humano, esperar que a cierta forma de comportarse corresponda cierta forma de reaccionar. De esta manera se estructura una sociedad normal, independientemente de que los actos humanos deban realizarse con un sentido teleológico y valioso.

Los valores que el individuo quiere realizar en la sociedad son direcciones culturales de su conducta,⁸ no pueden provenir de una entelequia o de “un mundo de las ideas”, su fuente es la cultura, la historia, ese conducirse del hombre frente al medio en épocas pasadas,

⁸ Hay diferentes corrientes que consideran a los valores como algo fuera de la sociedad pero con la necesidad de realizarse dentro de ella, por ejemplo, Recaséns Siches, en su libro *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 51, habla de una conexión entre las realidades y los valores, considerándolos independientes. Yo pienso que los valores y las realidades son interdependientes. Ortega y Gasset afirma atinadamente que el sentido de la vida consiste en saber que vivimos, “Que nos encontramos en un mundo ocupándonos con cosas y seres”, es decir, que vivir es darse cuenta y participar de una realidad viviéndola y ocupándose de ella. Ese ocuparse es vinculatorio, determinante.

Del Vecchio, en la p. 457 de su *Filosofía del Derecho*, dice: “La esencial objetiva de los valores es independiente de su realización. Cuando los valores no se dan en una realidad correspondiente, ésta, sin dejar de ser la realidad que sea, parece como no justificada, como algo que ciertamente es, pero que *no debiera ser*.” Esta tesis es semejante a la de Recaséns Siches. Desde luego es de aceptarse que entre realidad y valor no debe haber indiferencia ya que es importante que el valor se realice. También es cierto que no siempre los seres humanos realizan los valores con conciencia de hacerlo, pero en toda actividad humana hay siempre finalismo, por la simple participación del hombre dentro de las direcciones de la cultura en un momento determinado, por el puro coexistir en condiciones humanas, y dentro de lo que se ha venido denominando “un cuadro del hombre” (Menschenbild). Bochenski, en la p. 161 de su libro *La filosofía actual*, citando a Scheler habla de la inmutabilidad de los valores y de que lo relativo es el conocimiento que tenemos de ellos. Considero esto exagerado, ya que a lo que se denomina inmutabilidad es en rigor a la estructura misma de la vida humana, a sus datos siempre presentes. Si el hombre vive aquellas condiciones que se dan dentro de la vida misma son, desde luego, inmutables, pero en la medida dinámica de su desarrollo. No hay ningún relativismo puro como tampoco es correcto sostener una dimensión absoluta de los mismos. Los valores son proyección cultural humana que a su vez determina conductas y realizaciones, son cultura dinámica, historia que se modifica, finalidad que sólo podría pensarse inmutable en la consideración de que la vida es perfecta. Juan Roura Parella, en la p. 194 de su libro *El mundo histórico social*, interpretando el pensamiento de Dilthey dice: “Cada sector de la cultura realiza un sentido de la existencia humana. Y quien dice sentido dice valor.” Es de estar de acuerdo con esta consideración agregando que el sentido de la existencia humana como el de la naturaleza, es la dinámica, la síntesis que vuelve a replantearse el problema y que nuevamente lo resuelve en un sentido dialéctico.

en años anteriores, un minuto antes de la conducta presente del individuo, en la que absorbe, negativa o positivamente, valoraciones pretéritas; puede negarlas o aceptarlas, integrarlas o dejarlas en una paradoja incumplida, pero no es posible su actuar valioso concatenándolo con formas ideales inexistentes o imaginarias.

Los valores son productos culturales dinámicos, direcciones y tendencias enraizadas en la estructura del hombre y en las leyes de la naturaleza y de la sociedad. La sociedad —la otra dimensión del hombre— tiene así valores a realizar, fines que el individuo debe respetar, así como la persona humana, de conformidad con su constitución y con la naturaleza, tiene fines a desarrollar que debe la sociedad hacer factibles.

No hay valores que sean ajenos al modo de ser del hombre y a su circunstancia: libertad, seguridad, bien común, justicia, solidaridad... en todos los valores se encuentran las encrucijadas del individuo, de la sociedad y de la naturaleza; son, pues, direcciones permanentes, sentido mismo de ese devenir que es la existencia. Siempre llevan en sí el intento de resolver las antinomias, de sintetizar las polaridades haciendo dinámicamente una unidad:

individuo = sociedad = naturaleza

absorbiendo todas las contradicciones de estos elementos sujetos a leyes y condiciones diferentes.

Desde luego que se presenta al estudiar el problema de los valores la necesidad de hacer un análisis de lo que significa el tiempo a este respecto, ya que para la comprensión de fines y medios, es imprescindible un esbozo del mismo. El tiempo para el individuo es su propia vida; para la sociedad, las épocas; para la naturaleza, su movimiento.

Esto tiene concatenación con aquella impaciencia de la que habla Sebastián Soler,⁹ impaciencia que po-

⁹ Sebastián Soler, en la p. 180 de su libro *Fe en el Derecho y otros ensayos*, utiliza este concepto de impaciencia sólo con relación al Derecho: “El Derecho es una creación cultural inserta en el cauce maestro de la historia, del acontecer histórico. Sus movimientos obedecen a los amplios ritmos seculares de la experiencia acumulada. Es excepcional que sus cambios se acumulen y condensan dentro de límites temporales estrechos. En una palabra, hay una diferencia radical de *tiempo* entre el derecho y la vida personal, y los hombres tienden a aplicar a aquél las impacientes exigencias que resultan de la finitud de nuestras vidas.” Considero que es útil ampliar el concepto de impaciencia a esa sensación que respecto a todos los valores —no sólo los jurídicos— siente el hombre, que en el fondo no es sino otra denominación de la angustia del individuo frente al tiempo, frente a la muerte. Es necesario advertir que esta impaciencia no es la definición fundamental del hombre, contrariamente a la opinión de Heidegger y otros filósofos de la existencia.

see el hombre de ver realizados los valores en su vida personal; es comprensible la importancia que tiene para el individuo ver plasmados en la realidad los fines que considera valiosos, pues en todo momento, como dicen los filósofos de la existencia, siente el hombre la presencia de la muerte.

Mientras que para la sociedad los valores son direcciones de las conductas que se van presentando en toda una pluralidad de contradicciones y desvíos, pero que a través del tiempo conservan un sentido de conformidad con las leyes que rigen la vida del hombre, de la sociedad y de la naturaleza. Para la naturaleza no hay problemas de valores, puesto que éstos son un producto de ese enlace del hombre con ella y con la sociedad. Sólo en función de la vida humana existen y tienen significado los valores.

Toda sociedad, si la vemos con un lente —metafóricamente hablando— fabricado para ver sólo vínculos al trasluz, nos mostraría una radiografía social de conexiones cambiables; vínculos que se hacen y se deshacen; pero al mismo tiempo y en su conjunto, grandes lineamientos basados en su raíz y estructura. La sociedad tiene que sobrevivir, tiene que adaptarse al medio y modificarlo, en su afán de superación, en una tendencia de perfeccionamiento, esto es lo normal; la excepción, son aquellos casos de decadencia o degeneración social.

El individuo tiene una relación dentro de la sociedad que es comparable a la que guardan los astros en el sistema planetario; dentro de una conjugación de determinantes no pierde su individualidad, a pesar de que sólo puede existir sujeto a esos vínculos. Está colocado en un círculo de influencias y de fuerzas que lo hacen ser de un modo determinado, que lo sitúan y le dan circunstancia y tiempo. Él, a su vez, es parte, es factor y fuerza que interviene en la conjunción general de to-

dos. Por eso es movido por la sociedad y es móvil de la misma. No puede entenderse el individuo fuera del sistema general de acciones y reacciones, de determinismos y determinantes que se dan en él y que él proyecta sobre la comunidad;¹⁰ como tampoco es posible comprender a la sociedad sin una dimensión humana individual. Sin la unidad que conforma su multiplicidad.

El orden jurídico debe ser, como habíamos dicho, un crecimiento del orden social, una manera de darle a éste un encuadramiento. Por la velocidad y la variabilidad de las acciones y de las interacciones, de las contradicciones y de las paradojas que en la pluralidad de la vida se dan, es imprescindible buscar una manera de estratificar, un poco cuando menos, ese devenir de conductas y comportamientos. En la vida humana y en la social, como en la naturaleza, hay direcciones distintas, movimientos de cohesión y movimientos de destrucción, rompimientos y creaciones.¹¹ Por ello, el orden jurídico es un intento de querer contener el orden social, intento que no debe realizarse en instituciones que ahoguen la espontaneidad y el brote mismo de la vida. La función del derecho, normativa y teleológica, en el sentido que postula, deber ser y valores, es pues ese molde donde la vida humana queda institucionalizada, sujeta a leyes distintas; ya no es regida únicamente por

¹⁰ "Geistige Wirklichkeit aber, die immer historische Wirklichkeit ist, fordert eine Begriffsbildung, die das Individuelle im Allgemeinen nicht zerstört, wie das beim Gattungsbegriff der Fall ist, sondern es bewahrt. Denn der Geist ist niemals nur Denkform, sondern es inhaltgebundenes, geschichtlich bestimmtes Denken." (Herman Heller, *Bemerkungen zur staats-u. rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, AöR (Bd. 16. Hft. 3), S. 329.)

¹¹ "Desde la época de los antiguos griegos se ha sostenido una batalla incesante entre los que ponen en primer lugar la cohesión social y los que conceden la máxima importancia a la iniciativa individual." (Russell, Bertrand. *Autoridad e individuo*, p. 133.)

el devenir indetenible de la existencia, sino que dentro del seno de la sociedad recibe un contrapeso, una forma de objetivarse. La existencia humana simple, como habíamos dicho, podría sobrevivir con un puro orden social, pero su desenvolvimiento requiere ese fenómeno de objetivación, que es principio de cultura: el Derecho.

II

ORDEN SOCIAL Y ORDEN POLÍTICO

Ya ha sido analizado el orden social, su complicado entrelazamiento, su dinámico cambio y aquella manera estructural que siempre lo acompaña y supone, el orden jurídico; nos falta ver todo este universo de relaciones que son historia y cultura desde otro punto de vista, mirador también ineludible: el orden político. Éste también es, como el orden social, una red de influencias y respuestas, sólo que con un sentido distinto; las acciones y reacciones y la voluntad de los individuos se dan de una manera jerarquizada y coactiva; la voluntad no es sólo individual, aunque se origine en el individuo, pues forma núcleos de fuerza que autoritariamente se imponen sobre la comunidad organizándola, reconociendo sus costumbres y dando a las normas jurídicas validez en un lugar y tiempo determinados.

La vida humana es historia, por ser tiempo y cultura, por tener perfil humano —individuo y sociedad dialécticamente concebidos— que crea una existencia valiosa proyectada en lo social; lo humano no es lo individual aislado, sino la persona en su infinita complejidad de relación.

Se dijo que en el mundo natural e histórico existen fuerzas de distinta índole: cohesión y alejamiento; en el ámbito de la cultura una de estas fuerzas es elemento permanente e inseparable del orden político, la fuerza de cohesión, pensada como un movimiento orientado

al perfeccionamiento, coordinación y equilibrio de la sociedad, dentro de un mecanismo que busque finalmente, de las contradicciones y paradojas, síntesis creadoras y evolutivas de la existencia.

Todo grupo humano ha tenido un modo político de ser. En épocas primitivas el poder político asimilaba religión, autoridad y los elementos coordinadores de sus primordiales actividades; así la guerra de núcleos contra núcleos y la persistencia de la misma hacían imprescindible la continuación de cierta unidad de mando, para poder repeler las agresiones y para dar un mínimo de seguridad a la familia, tribu o clan. Conforme las tribus se hacen sedentarias y empiezan una vida basada en la agricultura y la artesanía, sobreviene una alianza de tribus con tribus y se forman nuevas estructuras con jerarquía y mando unificados frente a los enemigos.

Los despotismos asiáticos son un ejemplo de la identidad entre religión y poder; dentro de estas márgenes se desenvuelve la existencia social e individual¹² y to-

¹² Hay autores como Altheim que consideran fundamento de todo poder político de importancia la religión; llega a sostener inclusive que la religión es una garantía para todo Estado. Es indiscutible que los vínculos entre religión y Estado son de una importancia definitiva. Los ejemplos históricos a este respecto son claros, funcionando la religión como fuente de unidad: la religión católica del Imperio Español que se presentaba como una fuerza prácticamente independiente del papado; la religión anglicana identificada con el Imperio Inglés; los califatos árabes y su identidad con la religión mahometana. Para mayor abundamiento véase la siguiente cita de Altheim: "Menschliches Leben, so lehrte SCHELLING, bewegte sich, aufs Grosse hin gesehen, um zwei Pole: den Staat u. die Religion. Beide Mächte stünden in einer so innigen Verbindung, dass keine ohne die andere ihre wahre Wirkung haben kann. Wenn daher Staat nur Exoterismus bleibe, "das ohne Esoterisches nicht zu bestehen vermöge", so Müsse solch Esoterisches "die verstandene u. begriffene Religion" sein. Wahre Religion sei der Garant des wahren Staates. Seltsame Worte, wie aus fernen Räumen klingend, für uns Europäer von heute, die wir allein den etngötterten Staat kennen u, seine Fremdheit, seine Abkehr von unserem Herzen. Die wir Demokratie im Munde führen u. die Berufspolitiker haben, bei denen wir schmerzlich fühlen dass sie nicht immer de Blüte der Nation

dos los estratos funcionan atraídos por esa incontestable fuerza de atracción.

En Grecia sobreviene una transformación comparable a la de las ciudades renacentistas de Italia; el Estado ciudad o *polis* es una renovación de las otras formas de poder; en ella hay un orden social que vincula a los ciudadanos en una especie de asamblea deliberativa permanente;¹³ los ciudadanos se mandan a sí mismos a través de los órganos y los representantes que la costumbre y la decisión que todos ellos habían creado.

Esta relación es innovadora porque había una mutua pertenencia entre individuo e interés público.¹⁴ Se hacía una identidad de hombre y *polis*, y como lo afirma acertadamente Leopoldo Zea, se identificaban también *logos* y *polis*. Existía una relación indiscutible entre hombre-cultura-*polis*.¹⁵ La síntesis de ellos, concretiza-

entstamen. Genung: es gab Staaten den griechischen, den römischen, den Islamischen u. den mittelalterlichen Staat (um nur diese zu nennen), für die Einheit mit Religion innerste Gewissen bedeutete. Auch der Gründer des sassanidischen Staates teilte diese Gewissheit. ZARATHUSTRAS Verkündigung war eine der Säulen, die ihn trugen. Seltsam genug, dass seit MAZDAK u. CHUSRO I. ANOSCHARWAN die Bedeutung der zarathustrischen Orthodoxie u." (*Reich gegen Mitternacht*, p. 126).

¹³ El *nomos* griego era una especie de orden social que funcionaba como fundamento primero de todas las relaciones religiosas y políticas. Se podría considerar un antecedente de lo que Jahrreiss ha venido denominando "orden social", Juan Beneyto, en la p. 28 de su *Historia de las doctrinas políticas* describe claramente el concepto de *nomos*: "El *nomos* es algo como una conducta habitual, al punto de que su raíz filológica significa crecimiento o desarrollo, y así se explican sus aplicaciones a los grandes símbolos de Licurgo y de Solón. Recuérdese el pasaje de Plutarco donde aquél, tras de dar decretos al pueblo, pide diez años de viaje —y de ausencias— para dar tiempo a que arraiguen sus leyes."

¹⁴ Este vínculo, esta entrega del individuo a la comunidad, es considerada por diferentes autores como un antecedente del *corpus mysticum* paulino, al que Séneca describe como *membra sumus corpore magni* que se proyecta en Cicerón y en la Patrística.

¹⁵ Juan Beneyto, en la p. 5 de su *Historia de las doctrinas políticas*, dice acerca del concepto *politeia*: "Era semejante al de *res pública*, mas en todo caso corresponde a la *polis* como el alma al hombre, según la hermosa imagen isocrática. Los atenienses, dando un ejemplo, tenían su *politeia*; la *polis* eran ellos mismos, y con ellos y por ellos existía y subsistía; no así la *politeia*, que podía serles cambiada."

da, podría ser la *politeia* o república, cuyo funcionamiento describe Aristóteles con tanta visión y claridad.

La *civitas* romana es un mundo semejante al de la *polis*, donde prevalecen, empero, valores y relaciones distintos; el derecho más que consuetudinario es codificado, aunque no se puede negar su general aceptación y respeto en una especie de orden socio-jurídico, cauce organizador de la vida pública; el hombre adquiere en Roma una incipiente esfera privada con raíz en el pensamiento sofista y estoico afluado en la cultura romana en múltiples manifestaciones que, inclusive, llegan a influir en la primera estructuración del cristianismo. Para el romano, como dice Ortega y Gasset, el poder estatal no tenía fronteras, concebía la sociedad como un todo, y actuaba su individualidad principalmente a través de los órganos estatales ya establecidos conforme a derecho.¹⁶

La desmembración del Imperio Romano da nacimiento a conglomerados humanos que se organizan bajo coeficientes propios que obligan a una estructuración por estamentos, típica del feudalismo. Este fenómeno sucedió tanto en Europa, por la asimilación de los pueblos bárbaros a la cultura romana, como en el Imperio Bizantino y en el Sasánida de Asia Menor, por la mezcla de mentalidades y culturas. Posteriormente surgen intentos unitarios que son el Imperio de Carlomagno y el Sacro Imperio Romano Germánico, en los que se utiliza la religión como denominador común de los distintos intereses encontrados. A pesar de ello subsiste la poliarquía medieval aun bajo el reinado de Otón el

¹⁶ La cultura romana posee una gran capacidad receptiva. Sólo así puede explicarse la dimensión y el significado de su imperio. Juan Beneyto, a este respecto dice en la p. 42 de su *Historia de las doctrinas políticas*: "La gran obra de la cultura política romana consiste precisamente en el ensamblaje de diversos elementos, tan cuidadosamente concebido y aplicado, que conduce a una situación pacífica en la que la innovación es revolucionaria. Se unen la libertad y la autoridad, la autonomía y la centralización. Roma no tiene inconveniente en acoger instituciones griegas."

Siguiendo el pensamiento de Polibio, que ya en su época había comprendido el sentido y la misión de la cultura romana, dice: "Las tres formas de gobierno de que he hablado antes se encontraban amalgamadas en la Constitución romana, y la parte de cada una estaba tan exactamente calculada, todo en ella era combinado tan equitativamente, que nadie, incluso entre los romanos, hubiese podido decir si era una aristocracia, una democracia o una monarquía. Si se examinan los poderes de los cónsules, se hubiese dicho que era un régimen monárquico, una realeza; a juzgar por los del Senado, era, por el contrario, una aristocracia; en fin, si se consideran los derechos del pueblo nos parecía una auténtica democracia." Para terminar de comprender la vida romana, citamos el concepto de ley que expresa Tito Livio en su libro II, 3: "Leges rem surdam, inexorabilem esse, nihil laxamenti neque veniae habere, si modum excesseris."

Grande que concibió a la religión como único vínculo que hacía factible la superación de todas las autonomías aisladas.¹⁷

¹⁷ Hermann Heller, en la p. 126 de su libro *Staatslehre*, cita la palabra *poliarquía* como definición del régimen medieval, dada por Hegel.

Para una descripción sintética y clara de lo que el feudalismo es, veamos la siguiente cita de Altheim: "Feudalismus scheidet sich grundstzlich von allem Patrimonialismus u. hat nichts zu tun mit dem Aufkommen örtlicher Gewalten, also auch nicht mit der Durchbrechung königlicher Autorität durch grundherrlichen Anspruch. Feudalismus ist nicht Fronde, sondern Stufenordnung. Zuerst der König, alle Macht ausstrahlend und vergebend, von Stufe zu Stufe gewährend u. gewährleistend als alleiniger Quell von Ordnung, will sagen; von Rechten und Pflichten. Der Verleihung von Grundbesitz entsprachen Steuerzahlung u. Heeresfolge als Gegendienst, u. der militärischen Hierarchie zur Seite stand die der Verwaltung." (*Reich gegen Mitternacht*, p. 123.) Desde otro punto de vista Juan Beneyto, en la p. 129 de su *Historia de las doctrinas políticas* describe la estructura de la Edad Media: "Calificado por rasgos muy definidos, el régimen estamentario aparece como inserción orgánica en el orden político de los grupos sociales que se distribuían la efectiva denominación del país. Su fundamentación parte de las cartas o fueros que definen un propio estatuto jurídico, integrado en prerrogativas o franquezas en las cuales la idea esencial de su concesión es el privilegio y no la función."

Herman Heller, describiendo desde un punto de vista eminentemente político y siguiendo a Gierke, el régimen medieval, dice en la p. 128 de su *Staatslehre*: "Damit vollendet sich der Dualismus des ständischen 'Staater', der eigentlich aus zwei oder mehr von einander unabhängigen Machtorganisationen besteht. Kaum ein einziger Begriff des modernen Staatslebens passt auf dieses Gebilde. Beide Parteien, Fürsten und Stände, behaupten, das bessere Recht zu haben; beide verfügen über einen volständigen eigenen Machtapparat, über eigene Beamten, Gerichte, Finanzen, ja nicht selten sogar über ein eigenes Heer und eigene Gesandte (Gierke, I, s. 535 ff.) (Mittelalter)." En las pp. 128 y 172 del mismo libro, Herman Heller agrega, en relación a la justicia y las finanzas estas otras dos caracterizaciones tipificadoras de la Edad Media: "Die Hofgerichte der Grundherren, die Immunitätsjustiz des Klerus, die Volksgerichte, die Stadtgerichte und das Königsgericht urteilen fast völlig unabhängig voneinander nach ihren eigenen Rechtsvorstellungen." "Eine Trennung der öffentlichen Einnahmen und Ausgaben von den privaten des Herrschers, ein selbständiges Landes- und Staatsvermögen kennt auch der Standestaat noch nicht (Below, Staat S. 296 f.)."

El régimen feudal, para Juan Beneyto no se da de manera uniforme en Europa, teniendo características distintas en Alemania, Francia, Italia e Inglaterra; ve, como su aspecto fundamental, siguiendo a Halphen, el militarismo (*Historia de las doctrinas políticas*, p. 128).

Se inicia, posteriormente, un movimiento transformador de la Edad Media, que consiste en un intento de concebir la realidad social como un orden independiente de la Iglesia. Marsilio de Padua y Juan de París vislumbran una época distinta: "En resumen, para Marsilio, el organismo político civil dispone de autonomía doctrinal. La moral no puede servir de pretexto para resistir a la ley. La Iglesia no tiene competencia para valorar los actos de las *civitas*. La vida social es una y acoge todos los poderes: el *regnum* actúa en esferas de universalidad y reúne a cuantos viven en su territorio. A Marsilio se debe, por tanto, la primera concepción de un Estado completo, que incluye la moral, hace autónomo lo jurídico y mantiene la unidad de sus miembros. Es, así, antecedente de Hobbes y de la línea totalitaria. En su época representó la más vigorosa reacción frente al curialismo y la respuesta civil a la postura eclesíastica del *De potestate* de Egidio Romano." (Marsilio de Padua en *Historia de las doctrinas políticas* de Juan Beneyto,

El Renacimiento y la Reforma¹⁸ traen una concepción renovadora del mundo; con ella la sociedad se transforma creando un orden distinto en su seno; es el

p. 199.) "Jean de París se da exacta cuenta, y acaso sea el primero en observar el hecho, que ese orden sacral, que era la organización política de la Edad Media, estaba desvaneciéndose y que una sociedad profana aparecía para sustituirla, Jean de París acentúa el valor de lo natural y la eficacia política de las virtudes humanas y les asigna carácter espiritual. Por esto se enfrenta con la opinión de quienes dicen *quod potestas regalis sit corporalis et non spiritualis* y afirma que las 'virtudes morales acquisite esse possunt perfectae sine virtutibus theologis' (Tract. xviii 20-25, p. 229)." Pero su doctrina le lleva, como ha observado Aloys Dempf a afirmar la idea de ordenación jurídica frente a la idea feudal. Creemos encontrar la base de esta afirmación de autor tan insigne, en el siguiente texto del "Tractatus de Ecclesiastica Potestate": "Homines magis rationi utentes... ad vitam communem sub uno aliquo... certis legibus ad vivendum communiter ligaverum, quae quidem leges hic ius gentium dici possunt. Et sic patet quod huiusmodi regimen a iure naturali et gentium derivatur." (Cap. 1, 5-15, p. 178.) (Jean de París, en *Luis de Molina en perspectiva jurídico-política*, de Gregoria Ma. Noguera, p. 45).

¹⁸ Sería interminable citar los rasgos esenciales del fin de la Edad Media, de la iniciación del Renacimiento y de la influencia del Movimiento de Reforma. Bástenos las dos siguientes citas: "Wir verstehen heute die geistige Grundhaltung auch des politisch-juristischen Denkens der Gegenwart als das Ergebnis einer Entwicklung, richtiger Auswicklung von bestimmten Grundpositionen, die das europäische Denken mit der Renaissance bezogen und seither prinzipiell niemals verlassen hat." Hermann Heller, p. 324, "Bemerkungen zur staats- u. rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart", (*AÖR Bd. 16. Hft. 3*). "La transformación decisiva no se produce hasta que avanza el individualismo. La Reforma es su verdadera raíz, y por eso el Despotismo consigue resonancia ejemplar en los territorios reformados, no sólo en los luteranos, sino también y de especial manera en los calvinistas. Recuérdese la doctrina de la resistencia, con sus reacciones. Advirtiendo esta evolución, Fritz Hartung ha señalado tres etapas en la marcha histórica hacia el despotismo: absolutismo práctico, absolutismo doctrinal, y absolutismo ilustrado. Estas tres etapas cuentan con la Nación como agregado de individuos que ha de ser conducido a la plenitud del orden estatal. Renace la tendencia docente. Se acude a la formulación de la bondad de los hombres y sobre este supuesto llega a la deducción de las verdades de evidencia y se establece un orden derivado de la razón. Las tesis que apoyan la expresión ideológica de la época están relacionadas con la educación de las clases dirigentes. Basta instruir a los núcleos responsables de la vida política —viene a decirse— para destruir los prejuicios, demoler ciertas instituciones y dejar que la libertad dirija la vida social." (Juan Beneyto, en su *Historia de las doctrinas políticas*, p. 294.)

hombre que se sabe nuevamente medida del cosmos. La unidad y centralización de los intereses van dando a las ciudades italianas una dimensión diferente de la historia. Éste es un movimiento, aunque parezca paradójico, descentralizador y centrífugo, ya que paulatinamente los estamentos se van modificando pero no en concepción o forma general, sino atomizándose, particularizando sus direcciones y multiplicando los centros de cohesión que le dan a los pueblos separadamente un fuerte impulso unificador; la concepción de la sociedad y de la existencia no tiene más ese coeficiente que abarca e identifica, en última instancia los movimientos aislados. Ésa es la tónica general que se inicia a partir del Renacimiento Italiano.

La palabra *stato* es usada por Maquiavelo por primera vez precisamente para describir este orden nuevo, este coeficiente político organizador de la vida que trata de unir jerarquizadamente: burocracia, impuestos, ejército, mando, leyes; disputando su cetro al mismo poder eclesiástico que había sido "forma formorum" de la *poliarquía* medieval.

Esta estructura política es esencialmente diferente del régimen medieval.

Terminado el breve bosquejo histórico es necesario hacer un análisis estructural del Estado moderno.

El problema entre el individuo y el Estado es en cierta forma independiente de la definición que se acepte de Estado, ya se le vea a éste como totalidad política creada por el pueblo y que puede ser modificada por él o considerada como vertebración política del pueblo mismo, siempre ahí, indudable, sea cual fuere la forma de gobierno.¹⁹

El individuo siente en sí mismo fuerzas paradójicas pero equilibradoras: su yo y su instinto social.²⁰ En su

¹⁹ Hay opiniones encontradas de diferentes tratadistas que discuten si el Estado es una entidad distinta del pueblo o es el pueblo mismo organizado de manera política. Hegel es el que más influencia ha tenido en apoyo a la tesis que identifica al Estado con el pueblo; definía así el Estado: "Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee —der sittliche Geist als der *offenbare*, sich selbst deutliche, substantielle Wille, der sich denkt und weiss und das, was er weiss und insofern er es weiss, vollführt. An der *Sitte* hat er seine unmittelbare, und an dem *Selbstbewusstsein* des Einzelnen, dem Wissen und Tätigkeit desselben seine vermittelte Existenz, sowie dieses durch die Gesinnung in ihm, als seinem Wesen, Zweck und Produkte seine Tätigkeit, seine *substantielle Freiheit* hat." (G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 207, párrafo 241.)

Juan Beneyto, en la p. 382 de su *Historia de las doctrinas políticas* interpreta de manera totalmente distinta a Hegel. (Ver página indicada.)

²⁰ Dos autores son suficientes para describir esta situación: en su libro *Ética y psicoanálisis*, p. 52, dice Erich Fromm: "El hombre está solo y al mismo tiempo en relación." Reconociendo lo mismo dice Sebastián Soler en su libro *Fe en el Derecho y otros ensayos*, p. 180: "Nuestra vida es un es-

relación con el Estado el problema se agudiza aún más, pues el hombre actúa movido no solamente por su instinto social, sino por la ambición de poder de su yo; siente una inclinación hacia el deseo de ser autoridad, desea individualizarse sobre los demás seres humanos, ése es su instinto, su voluntad de poder. Se produce entonces esta dicotomía dentro del hombre, que se proyecta, a través de su instinto social, en actividades de influencia, de interés, de reciprocidad, formadoras de estructuras políticas distintas de las sociales, porque llevan una expresión y un contenido diferente: la voluntad.²¹

El esquema político de la sociedad aparece pues, fundamentalmente, como relaciones de voluntad; por una parte, unos tienen la voluntad de aceptar la voluntad de los otros, y por otra, los demás tienen la voluntad de imponer determinados criterios, finalidades y normas; esa es la relación entre Estado e individuo, entre gobierno e individuo, entre cualquier forma política y la sociedad.

Esta relación es siempre distinta, pues depende esencialmente del criterio que se tenga de lo que es el hombre. No es de equipararse el sitio del individuo en el Imperio Romano al que guardaba éste en el Imperio

tado de tensión constante entre nuestra individualidad y nuestra comunidad. Somos al mismo tiempo individuo y grupo, y lo somos de tan íntima e ineludible manera, que lo social nos persigue hasta la torre de marfil y, a su vez, el individuo irreductible que llevamos dentro nos hace sentir su reproche cuando nos entregamos al mundo sin reservas, como si en ese abandono incurriéramos en una infidelidad."

²¹ El hombre, respecto del Estado moderno, más aún, en la crisis de dicho Estado y principio de lo que podría llamarse el Estado contemporáneo, siente la pérdida de su intimidad, de sus posibilidades personales, de ser. Con gran nitidez Bertrand Russell, en la p. 94 de su libro *Autoridad e individuo*, describe este sentimiento: "Se pierde dentro de unas cuantas grandes organizaciones, en las que si uno fracasa todos fracasan, y las causas del fracaso no pueden comprenderse."

Sasánida. Según sea el cuadro del hombre, cambia la estructura de la sociedad, sus formas políticas y los contenidos de su vínculo con el Estado. En toda su simplicidad esta índole de relaciones está fundada en la voluntad.

El desarrollo histórico es progresivo. Todo lo que es el hombre se ha ido ampliando en la medida en que ha dominado la naturaleza y ha encontrado formas de una mejor convivencia. Con el desenvolvimiento de la cultura, con la ampliación de la conciencia histórica, el hombre ha intentado también transformar su constante política, sus relaciones de voluntad. El Renacimiento promueve la segunda ampliación importante del cuadro del hombre, la nueva clase naciente, mucho más numerosa y llena de vigor, va destruyendo los estratos

medievales, el poder de los terratenientes nobles y centraliza el poder a través de la burocracia, del Derecho, del ejército y de los impuestos; esta clase se hizo fuerte al crear una economía propia, derivadora de un modo particular de ver la vida.²² Desarrolló de manera casi

²² El crecimiento del mercantilismo orilla a fortalecer esa nueva estructura: el Estado moderno. Hermann Heller, en la p. 133 de su libro *Staatslehre* reconoce esto, y para mayor abundamiento cita las ideas de Marx en el mismo sentido: "Durch die staatliche Merkantilpolitik wurde die kapitalistische Entwicklung aber ausserdem bewusst und planmässig zur Zwecke des politischen Machtstärkung gefördert (M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte* 1923, S. 296 ff.)" "Die Staamacht, die konzentrierte und organisierte Gewalt der Gessellschaft", wurde, wie Marx Kapital I, S. 716) ganz richtig bemerkt, dazu benutzt, "um den Verwandlungsprozess der feudalen in die kapitalistische Produktionsweise zu fördern und die Übergänge abzukürzen", wobei sich allerdings von keinem wirklichkeitswissenschaftlichen Standpunkt aus behaupten lässt, dass der Staat in dieser Entwicklung nur als ökonomisches Mittel auftritt."

Al analizar los elementos que intervinieron en la formación de esta nueva realidad, dice Luis Recaséns Siches en su libro *Vida humana, sociedad y Derecho*, p. 502: "Fueron varios los factores filosóficos y sociológicos que determinaron e impulsaron al liberalismo moderno. Entre esos factores, los principales fueron los que glosa a continuación:

- a) El auge de la nueva ciencia racionalista y del idealismo filosófico.
- b) La aparición de un tipo humano de temperamento individualista que actúa como héroe de los más importantes acontecimientos históricos.
- c) El hecho de la Reforma protestante.
- d) El desarrollo del capitalismo que, en su fase ascendente y en la de madurez, abre los cauces al esfuerzo individual."

La función del Derecho en la Edad Moderna está encaminada a la protección de los intereses individuales. Su definición es el contrato y el Estado utiliza su actividad para proteger los derechos de los individuos inclusive frente a la sociedad. Las siguientes citas son un ejemplo claro de ello: "En una palabra, el contrato es, dentro del derecho, la figura que reconoce al individuo la máxima posibilidad de crear relaciones jurídicamente válidas, esto es, la máxima expresión de libertad creadora de derechos y generadora de responsabilidades." (Sebastián Soler, en la p. 33 de su libro *Fe en el Derecho y otros ensayos*.) "Un rasgo que caracteriza el individualismo que gobierna el procedimiento civil es el rigor con que se aplica el principio de negociación." (G. Radbruch en su libro *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 158.) El concepto que se tiene de sociedad es muy distinto al que hoy se maneja en la sociología. Para el individuo, se puede decir, la sociedad era él y sus intereses. A este respecto Içilio Vanni dice en la p. 345 de su *Filosofía del Derecho*: "El individualismo tiene de la sociedad una noción atomista, ve en ella sencillamente la suma de individuos congregados." "Esa actitud iluminista consistió en una afirmación de *fe en el individuo*. Si es verdad que a partir del Renacimiento el movimiento cultural se caracteriza por haber colocado en el centro del interés al hombre mismo, los siglos XVII y XVIII representan, dentro de esa corriente, una culminación. Se han roto las estructuras medievales; las jerarquías feudales, las corporaciones cerradas, los gremios profesionales han sido desmantelados, e incluso es característica de la legislación de la Revolución Francesa la prohibición de formar asociaciones de este tipo." (Sebastián Soler, en su libro *Fe en el Derecho y otros ensayos*, p. 171.) En este clímax, reyes e intelectuales escriben y discuten, príncipes y nobles sostienen y admiran las creaciones de sus servidores y amigos, se forma una especie

increíble el dominio del hombre sobre la naturaleza, utilizó, al igual que las clases anteriores, el poder político para afianzar sus intereses y sus posesiones; hasta que vino la tercera gran ampliación del cuadro humano, que es, como todas las anteriores, de raíz, de posibilidades de comprensión, de fines, de libertad, de seguridad y, en última instancia, un nuevo planteamiento, otro concepto de felicidad. Esta última ampliación es el socialismo, con el que nace una nueva clase de criterios económicos, políticos y sociales distintos, producto de sus necesidades. Crean una ideología, una nueva concepción del mundo en pugna contra los cánones anteriores, impulsados por el afán de imponer los propios. El Estado, la forma política de la Edad Moderna, fue el instrumento de dominio de los intereses de su clase, que había abierto importante brecha en la historia, en la cultura y en la civilización para bien de la sociedad y del hombre.²³

de superestructura de vinculaciones individuales que producen un cierto tipo de cultura. En el racionalismo, el iluminismo, la ilustración, el hombre que se siente desarrollando todas sus capacidades de creación y de goce. Por ello no extraña la siguiente afirmación de Harold J. Laski en su libro *El liberalismo europeo*, p. 140: "El inglés típico del siglo XVIII, si nos es permitida una paradoja, estaba en paz aun estando en guerra. Sentía que había pactado con el destino. Se interesaba en los detalles, que no en los principios del sistema en que vivía." Es la culminación del hombre de la Edad Moderna.

²³ A partir de esta cima el hombre empieza a sentirse duramente presionado por el Estado. Ya Max Stirner (1806-1856) dice: "Por eso, el Estado y yo, somos enemigos..." Posteriormente y ya en la crisis del Estado liberal, todos los escritores sienten una acción deformadora del Estado. Eso se percibe en los grandes novelistas rusos, como Dostoievsky, Andreyev y Chejov. Posteriormente en la novela alemana de Kafka, de Thomas Mann y en el teatro de Berthold Brecht se siente esa actividad negativa del Estado. Kafka es el ejemplo más típico del escritor que siente al hombre rodeado de barreras que impiden cualquier posibilidad libre de ser. Véanse sus libros *La Condena*, *El Proceso*, *El Castillo*, *América*, *El Muro Chino*. En Thomas Mann se percibe la amargura del que ha visto cómo una gran cultura puede ser deformada por ese instrumento ya evolucionado y distinto: El

La lucha está todavía planteada. Es una pugna de dos maneras distintas de concebir la vida con todo lo que esto implica. El Estado democrático liberal, desde el momento en que se percató de estas transformaciones radicales, intentó una solución pacífica de la lucha de clases. Ese intento equilibrador es el Estado-social²⁴ en el que se absorben las dos posturas, estas dos posi-

Estado actual. Sus libros *Doctor Faustus*, *La Montaña Mágica*, y su personaje Felix Krull son ejemplo de ello. El Teatro de Brecht describe esa sociedad en la que el hampa y el Estado se identifican y por la que el pueblo y el individuo están siempre rezagados y presionados; un ejemplo típico de ello es su obra de teatro *La Opera de Tres Centavos*. En la novela americana se ejemplifica magistralmente la derrota del hombre, principalmente en John Steinbeck y en John Dos Pasos. Véase *La Senda Prohibida*, *Tortilla Flat* del primero, y del segundo su *Trilogía*, *El Número Uno* y *Manhattan Transfer*.

²⁴ Lorenz Von Stein, al describir el Estado de derecho, lo define como el "más alto grado de libertad individual armonizado con la mayor proporcionalidad económica y con la mayor igualdad jurídica". (Véase Francesco Consentini, *Filosofía del Derecho*, p. 112.) Posteriormente, con el desarrollo de la economía surge una separación de intereses: por un lado el de los políticos y por otro el de los grandes capitanes de la economía. A ese respecto estas citas de Heller de su libro *Staatslehre*, pp. 137 y 138: "Diese Trennung des politischen und ökonomischen Kommandos erzeugt den fünf die gegenwärtige Situation der kapitalistischen Demokratie charakteristischen Spannungszustand. Denn einerseits wollen die grossen Massen ihrer politischen Entscheidung auch die Wirtschaft unterstellen und besitzen in der demokratischen gesetzgebung die dazunötige legale Handhabe. Sie kämpfen, wie die treffende Formulierung des Cörlitzer Programms der deutschen Sozialdemokratie lautet, um die Herrschaft des im freien Volkstaat organisierten Volkswillens über die Wirtschaft". "Auf die Dauer genügen die indirekten und anonymen politischen Einflüsse den Wirtschaftsleitern nicht. Sind sie doch ständig in ihrer Wirkung bedroht durch die Dispositionen des demokratisch kontrollierten Gesetzgebers. Dieses Auseinanderklaffen von politischer und gesellschaftlich-wirtschaftlicher muss den wenigstens vorläufigen Erfolg haben, dass sie die demokratische Gesetzgebung zu ihren Gunsten beseitigen."

Este intento asimilatorio es fácil de ver en autores como Leon Duguit. A este respecto hace una cita muy clara y concreta Mario de la Cueva en su *Teoría del Estado* (Apuntes), p. 76: "El objetivo primero de la ley social es respetar la autonomía individual; pero respecto a la autonomía individual, no para aislar al hombre de la vida social —Duguit se aparta ahora del individualismo tradicional de la burguesía—, sino para hacer posible la convivencia humana; la vida común puede únicamente crecer y prosperar si los hombres respetan mutuamente su autonomía. El respeto a la autonomía individual conduce al segundo objetivo de la ley social, que es el dato más importante en la doctrina de Duguit y el que servirá de fundamento a las normas jurídicas: La Ley social parte del hecho de la solidaridad social y como es una ley que se propone finalidades, tiende al afianzamiento de la misma solidaridad social. La solidaridad social no es una doctrina, ni una teoría, ni una hipótesis, es, puramente, el dato primario de la vida social: la solidaridad es expresión de la vida nacional; los hombres que viven en la nación son solidarios unos de otros; así como en otros siglos, en la *polis*, los griegos eran solidarios para realizar la idea nacional." Schmitt define de manera irónica y sintética este deseo de armonizar realidades tan distintas en la página 30 de su *Verfassungslehre*: "Bürgerlich-individualistische Garantien von persönlicher Freiheit und Privateigentum, sozialistische Programmasätze und Katholisches Naturrecht sind in einer oft etwas wüsten Synthese miteinander vermengt."

ciones frente a la vida: la individualista burguesa y la socialista. Las principales constituciones contemporáneas son un ejemplo vivo de lo anterior: la Mexicana de 1917, la de Weimér y la de Alemania Occidental de 1949.

Ya desde el Renacimiento la legislación, la judicatura y los órganos encargados de aplicar sanciones se centralizaron y se integraron en una unidad. No es posible concebir una separación de Estado y Derecho, ya que en esta época el Estado da validez al Derecho y el Derecho es aquello que conforma, limita y legitima al Estado. Estas relaciones deben verse dialécticamente. Estado y Derecho se suponen, se identifican, se diferencian y en los términos de la que Estado significa son distintos y a la vez indivisibles.²⁵

²⁵ Los tratadistas han debatido en este punto más de lo que es saludable hacer. Algunos como Bierling, consideran al Estado como una creación del Derecho: "El Derecho precede al Estado y lo hace posible. El naturalista que concibe el Derecho como producto de la voluntad del Estado, olvida que el Estado sin el Derecho no es ya tal Estado, sino una multitud amorfa, y olvida también que deriva él al Derecho del Estado después de haber *anticipatione mentis* derivado al Estado del Derecho." (Citado por Iginio Petrone en su libro *La última fase de la filosofía del Derecho en Alemania*, p. 138.)

La opinión de Mario de la Cueva es en el mismo sentido: "De acuerdo con lo anterior, la primera relación entre Estado y Derecho se resuelve diciendo que el Estado no puede ser sino la organización que deriva de un ordenamiento jurídico, por lo que el Estado tiene que estar subordinado al Derecho." "El Estado de Derecho es una estructura jurídica al servicio del Derecho. Por ello, repetimos la vieja definición: el Estado es la organización del poder coactivo del Derecho" (*Teoría del Estado* (Apuntes), pp. 412 y 413). Otros autores como Wundt y Lasson ven al Estado como creador del Derecho: Wundt afirma: "que el Derecho es el conjunto de normas a que el Estado da valor entre los miembros de la sociedad...; es, por tanto, claro que el Derecho tiene que ser posterior al Estado". Lasson escribe: "El Derecho, según su concepto, es la voluntad del Estado, en cuanto que se expresa ella misma en forma de determinaciones generales para la conducta. No hay, pues, más que una fuente del Derecho propiamente tal, a saber: la voluntad del Estado; y

El Estado actúa siempre fundado en el Derecho, cualquier conducta del Estado que no tenga como base una norma, es un mero acto de fuerza; el Estado no es norma solamente, es voluntad, poder que se da en el seno de la sociedad, que la cambia, la modifica, la gobierna, a la vez que es modificado y transformado por

el Derecho se caracteriza sin excepción ni limitación porque el Estado lo reconoce y lo efectúa con su poder." Ihering dice clara y rotundamente: "El Estado es la única fuente del Derecho", y Paulsen piensa que "sólo en el Estado y por medio del Estado hay Derecho. Esto vale, al menos en cuanto a la conducta del Estado para con sus súbditos; el ciudadano no tiene derecho alguno frente al Estado, sino por medio del Estado... (el poder del Estado), es formalmente la única y exclusiva fuente del Derecho en la tierra". (Citados por Víctor Cathrein en su libro *El Derecho natural y el positivo*, p. 113.) El citado Cathrein critica la postura de estos autores así como la de Gumplowicz y Jellinek diciendo, en la p. 122 del citado libro que: "Quien deriva del Estado todo Derecho, le priva de todo fundamento jurídico y le rebaja hasta la pura relación de fuerza."

Todos los autores que admiten la teoría formal del Derecho identifican Estado y Derecho y consideran al Estado sólo como un centro de imputación normativa. Recaséns Siches, en la p. 151 de su libro *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, cita el siguiente pensamiento de Kelsen sobre el Estado: "Estado es una *personificación metafórica del orden jurídico total*."

Giorgio del Vecchio adopta una postura de transición y considera al Estado como aquel aplicador del Derecho que le da validez a través de su posibilidad de coerción: "Pero sin prejuzgarlo, me interesa, sin embargo, advertir que para el jurista el Estado se manifiesta y agota propiamente en el Derecho. Para la consideración jurídica, Estado y Derecho aparecen como dos modos o acepciones de una misma cosa, como ordenamiento constituyente y como ordenamiento constituido respectivamente. Para el jurista existe el Estado, sólo y en tanto y como se expresa en el Derecho; no como poder social, no como producto histórico, sino como sujeto y objeto de sus normas. El Estado es el Derecho como actividad normativa; el Derecho es el Estado como signación regulada."

Francesco Consentini considera que: "La expresión *Estado de Derecho* no debe significar simplemente que el Estado sea un organismo jurídico coactivo y que tenga por fin sólo el Derecho, sino un Estado que esté constituido jurídicamente, funcione jurídicamente, y encuentre en el Derecho los límites de su actividad." (*Filosofía del Derecho*, p. 111.)

Ícilio Vanni, maestro de Del Vecchio, reconoce ya con mayor claridad esas relaciones dialécticas entre el Derecho y el Estado: "Resulta así plenamente demostrada la necesidad

ella, y encuentra su límite en esa relación dialéctica —aunque parezca paradójico—, con el Derecho.²⁶

Este vínculo debe partir desde otro de la misma índole, que es aquel nexo que hay entre deber ser y querer; la estructura de una norma debe tener también como fundamento esa relación de dos contrarios —debe ser y querer— en el sentido en que lo afirma atinadamente Hermann Heller.

Si el Derecho no fuera creador de fuerza y de autoridad, sería simplemente una ética, así como si el Estado fuera sólo una estructura jurídica, estaría hueco de esa compleja red de actos humanos de voluntad

racional del Derecho. En la demostración se implica ya la necesidad del Estado y de la constitución de un poder supremo. Va implicada, porque sólo el Estado es el supuesto necesario del Derecho, porque el Estado, expresando el querer colectivo y organizando la fuerza colectiva, puede hacer valer la norma jurídica contra la arbitrariedad y dar al Derecho existencia real, efectuando y manteniendo el orden en la sociedad." (*Filosofía del Derecho*, p. 322.)

Miguel Reale describe con exactitud ese vínculo entre poder y Derecho y acepta que el poder no puede ser meramente jurídico: O poder, por consiguiente, nunca deixa de ser sustancialmente político, para ser pura o simplemente *jurídico*. Cuando dizemos que o poder é jurídico, fazemo-lo relativamente a uma *gradação de juridicidade* que vai de um *mínimo*, que é representado pela força ordenadamente exercida como meio de certos fins, até a um *máximo*, que é a força empregada exclusivamente como meio de realização do Direito e segundo normas de Direito. (*Teoria do Direito e do Estado*, p. 99.)

²⁶ Gregoria Ma. Noguera, en la p. 46 de su libro *Luz de Molina en perspectiva jurídico-política*, citando a Borgue, reconoce que: "La vida del Estado se expresa en su poder de crear una ordenación jurídica", esta enunciación es concisa y clara y da una idea precisa de esa necesidad que tiene de arraigarse en el Derecho.

Gierke y el mismo Del Vecchio plantean opiniones interesantes conectadas con el problema Estado y Derecho. Gierke, siguiendo las ideas de Althusius, sostiene que "toda comunidad organizada es capaz de producir Derecho", Miguel Reale, interpretando las ideas de Del Vecchio, en la p. 278 de su *Teoria do Direito e do Estado*, dice que para el célebre maestro italiano "cada círculo social particular es un Estado virtual", lo que no es sino una variación de las teorías corporacionistas y de la integración.

y de poder. El Derecho es esencialmente coercible,²⁷ no puede ni debe entenderse fuera del Estado; todos sus perfiles y sentidos, pueden y deben ser entendidos como algo que se escapa de la juridicidad, ya que, sin ella, es sólo voluntad, voluntad no regulada, sin cauce.

El Estado es unidad de poder y da base precisamente para que el Derecho tenga también esa unidad, sin la cual habría un sinnúmero de paradojas y antinomias y carecería la sociedad de seguridad jurídica, justicia y todas las esferas de libertades chocarían unas contra otras, basándose cada una en su mejor derecho y quizará cada una con su árbitro o juez competente. La unidad del Estado funda la unidad del Derecho.²⁸

²⁷ El Derecho tiene como cualidad distintiva el poder aplicar sus normas de manera coercible, esto es, aceptado por la inmensa mayoría de los tratadistas de Derecho. Miguel Reale, en la p. 211 de su *Teoria do Direito e do Estado*, siguiendo el pensamiento de Ihering, define con mucha claridad la importancia de la coacción que es, en realidad, un nexo entre Estado y Derecho, ya que no es sino utilizar la fuerza del Estado para la aplicación y sanción del Derecho: "A coação exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do Direito; uma regra de Direito desprovida de coação jurídica é um contrassenso; é um fogo que nao ilumina. Pouco importa que esta coação seja exercida pelo juiz (civil ou criminal) ou pela autoridade administrativa."

²⁸ Ya Althusius había teorizado sobre esa vinculación entre Estado y orden jurídico, llevando a su clímax la corriente iusnaturalista. La importancia de esta vinculación la subraya claramente Bodino, al que se podría considerar, como dice Juan Beneyto en la p. 252 de su *Historia de las doctrinas políticas*, como el primero que tuvo una concepción precisa de lo que era el Derecho público: "Por la conjunción de estos elementos, la *Republique* es la obra de un legista injertado en político. Por eso la armadura esencial de cualquier ciencia política se ofrece allí montada sobre el Derecho público." Recaséns Siches, de manera ecléctica, pero siguiendo los grandes lineamientos de la escuela formal de Derecho describe las relaciones entre Derecho y Estado, de la siguiente manera: "Para que surja el Estado precisa que se produzca la unidad del ordenamiento normativo, que se obtiene mediante la organización de las instancias estatales, según lo determinado en el sistema del Derecho. Pero, a su vez, la base fundamental del sistema del orden jurídico positivo hemos visto que mana y se apoya en una resultante de voluntad social." (*Vida humana, sociedad y derecho*, p. 380.)

Entre los fenómenos del mundo natural y los del mundo histórico y de la cultura hay una semejanza que es de interés describir.

La complejidad de relaciones, el entrecruzamiento de causas y efectos, la variabilidad de los mismos según las distintas condiciones, plantean un mapa de la naturaleza aparentemente confuso y variable; si se estudia el microcosmos o el macrocosmos, la relatividad y el cambio introducen en su sistematización científica un universo de sorpresas con múltiples caras y posibilidades.

El mundo de la cultura no se puede entender desconectado de la naturaleza;²⁹ está también fundado en relaciones, sólo que éstas, a diferencia de las de la naturaleza, están provistas de voluntad, de libertad y de repetición creadora; sus fenómenos, vinculados como los de la naturaleza por relaciones dialécticas, posee, asimismo, ángulos y caras distintas. Hemos visto parte de todo ese complejo que podría denominarse hombre-cultura-historia-naturaleza, verdadero universo de vínculos, relaciones, paradojas, integraciones, síntesis, etcétera. Para continuar el análisis de todos estos distintos órdenes y sus nexos, estudiemos ahora, aunque sea brevemente, lo que es la Soberanía.

Con el Estado moderno nace también el concepto de Soberanía como una proyección de la tradición fi-

²⁹ Hay un pensamiento de Luis Recaséns Siches, que es de interés analizar, la idea de que el hombre se integra dentro de la casualidad natural dándole a ella un plus, o sea aportando, integrando al mundo natural la dimensión del hombre y produciendo así la cultura, que no viene a ser sino la historia del hombre y de aquella parte humanizada de la naturaleza. Para mayor abundamiento, véase esta cita: "La decisión del yo, al traducirse en comportamiento, no viene a romper el normal cumplimiento de las leyes causales, sino a aportar en un cierto momento un plus, de causalidad, que se inserta bajo la forma de fenómeno natural." (*Vida humana, sociedad y derecho*, p. 86.)

losófica y política anterior; la superan al asimilar el pasado histórico en la definición de una nueva época.³⁰

Soberanía y Estado moderno son términos inseparables; sin soberanía no puede existir un Estado en el

³⁰ Como antecedente del concepto de Soberanía debe ser tomado en cuenta el pensamiento de Egidio Romano. Para él la Iglesia, o sea el Papa, es el origen de todos los derechos particulares y es la base de toda legitimación del poder secular. Esta concepción es aprovechada posteriormente por los reyes absolutos (Gregoria Ma. Noguera, *Luis de Molina en perspectiva jurídico-política*, pp. 47 y 48): "Spectat tamen ad Summum Pontificem condere leges et dare leges omnibus personibus ecclesiasticas et toti Ecclesiae: proter quod ipse est supra huiusmodi quod ipse est in eo potestas plenitudo, ut possit agere praeter leges." (III, IX, p. 156.)

Brillantemente Hobbes criticó este sometimiento del poder civil al poder espiritual llegando a afirmar: "Es la afirmación de una supremacía contra la soberanía... de una autoridad fantasma contra la civil" (Gregoria Ma. Noguera, *Luis de Molina en perspectiva jurídico-política*, p. 43.)

Los teólogos españoles dieron un paso más adelante haciendo una síntesis de todas las corrientes en boga; para Suárez la *potestas* correspondía a un cuerpo político directamente y después a Dios. Algunos consideran que la *potestas* de la que hablan los teólogos españoles corresponde al concepto de Soberanía. Vitoria habla de una *potestas* indirecta, en la que se llega a sostener que la potestad civil o temporal depende de la potestad espiritual, siguiendo en esto las doctrinas tomistas.

Es Bodino el que plantea de manera definitiva lo que es Soberanía. Para él la autoridad del Estado es absorbente y las libertades son sacrificadas por él, como dice Giorgio del Vecchio en la p. 132 de su *Filosofía del Derecho*. Mario de la Cueva, al hacer referencia a las ideas de Bodino concretiza con mucha claridad los alcances de este pensamiento: "Otra idea de Bodino completa la armonía de la doctrina: el poder soberano es supremo, absoluto y perpetuo, dicta la ley humana y puede derogarla, pero no violarla; los hombres pueden modificar sus leyes, pero no pueden dejar de cumplirlas. Derogar las leyes humanas es el signo de la soberanía, pero violarlas o dejar de cumplirlas, ya no es justo gobierno, sino un poder arbitrario. La soberanía es el poder supremo de la república para lograr un justo gobierno; en consecuencia, la soberanía se traduce en cierta suma de atribuciones que pueden y deben cumplirse por el poder soberano para realizar su misión." (*Teoría del Estado* (Apuntes), p. 308.) Otra de las ideas centrales de Bodino, en las que se continúa la línea tradicional del pensamiento político, es aquella que dice: "No se es ciudadano por intervenir en la república, sino por estar sometido a un poder supremo." (Juan Beneyto, *Historia de las doctrinas políticas*, p. 253.)

sentido que se le da al mismo a partir del Renacimiento, y sin las realidades político-social-económicas que se dieron, tampoco es posible pensar en soberanía como concepto que corresponda a una realidad. La soberanía es una síntesis de dos contrarios: Derecho y poder; da definición y unidad al Estado a través de la autodeterminación interior y de la independencia con relación a los demás Estados. La Soberanía no puede ser solamente un concepto jurídico, ya que también es poder de hecho, creador y modificador de circunstancias, la última y básica estructura del Estado, poder con definición y unidad que caracteriza y organiza al pueblo.³¹

En términos generales la soberanía es una nueva expresión del poder que en la lucha de las integraciones sociales va asimilando las distintas fuerzas y tendencias como dice Cunha Bareto, citado por Miguel Reale en su *Teoría do Direito e do Estado*, p. 32. Para Lindsay la teoría de la soberanía es la expresión de la protesta de las nuevas fuerzas que se sentían ahogadas por todas las limitaciones del imperio, de la Iglesia y del sistema feudal, y a este respecto dice: "Lo primero que ocurre no es sino la transferencia al rey de toda la autoridad que tenían hasta entonces el Derecho y la Iglesia. La teoría de esto es el derecho divino de los reyes. Este Estado nacional absolutista estaba tratando de ser un Estado totalitario completo. No lo consiguió, en parte por su deficiencia administrativa, pero sobre todo por el efecto gradual de tres movimientos: a) la Reforma; b) la ciencia moderna y c) el desarrollo del capitalismo." (*El Estado democrático moderno*, p. 13.)

³¹ Hay una gran variedad de opiniones respecto a cuáles son los elementos constitutivos de la Soberanía y a sus límites. Para Francesco Consentini estos elementos son un poder de querer, un poder de mando en el interior y un poder de mando independiente. Para Miguel Reale la libertad del Estado, o sea su Soberanía no puede ser absoluta, como tampoco lo es la del individuo. Concluye definiendo de la siguiente manera la Soberanía: "Para nós 'soberanía' e 'poder estatal' são expressões sinonimas, e pensamos que todas as tentativas, feitas para distinguir esses dois termos não tiveram senão por motivo a satisfação de circunstancias históricas que não tem mais razão de ser." (*Teoría do Direito e do Estado*, p. 319.)

Leon Duguit, en su libro *El pragmatismo jurídico* define la Soberanía de la siguiente manera: "Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente (p. 97).

Otros autores consideran que la Soberanía no es la cualidad de un poder, sino que, continuando la tradición de la

originaria, es el que por decisión crea derecho y delega poder en una Constitución, formadora y encauzadora de la vida jurídica y política.³²

El Estado es, en última instancia, tan sólo pueblo organizado políticamente en un territorio determinado y poseedor de soberanía, es decir, de unidad de decisión, de poder y de derecho, de definición interior que se proyecta hacia el campo internacional como una realidad política frente a las otras, con caracteres y finalidades propios.

El Estado es, como pueblo político organizado dentro de un territorio, el órgano titular de la soberanía

Escuela de Derecho Natural, la Soberanía pertenece al Derecho (Mario de la Cueva, *Teoría del Estado*, Apuntes, p. 372). Para Leon Duguit la Soberanía es de la Nación. Para la Escuela Alemana y para otros como Gerber, Laband, Jellinek, Carré de Malberg, Michoud, Crosa, Ranalletti, Le Fur, de la Bigne de Villeneuve, la soberanía es una cualidad de poder, por la cual, no se reciben más limitaciones que las de la propia competencia. Para Icilio Vanni soberanía es *suprema Potestas (Filosofía del Derecho, p. 155)*.

Mario de la Cueva define la soberanía de la siguiente manera: "La soberanía es la facultad de dictar y aplicar un derecho que coincida con las aspiraciones de los hombres que forman una comunidad, o sea, la soberanía es la facultad de realizar la idea del derecho de cada pueblo." (*Teoría del Estado*, Apuntes, p. 367.) Para Davy, discípulo de Durkheim, "la souverainete, est déposée dans les corps social lui même; elle est sa tradition, sa volonté et sa conscience immanentes". (Citado por Miguel Reale en su *Teoría do Direito e do Estado*, p. 162.)

Miguel Reale, respecto al problema plantea una idea muy interesante. Sostiene que el momento de juridicidad del poder, o sea la soberanía, no representa una conversión absoluta y definitiva del poder en derecho, sino una conversión formal del poder en poder del Derecho. Yo considero que esta conversión no es meramente formal, que las relaciones entre soberanía, poder y derecho son dialécticas, y que corresponden a una realidad histórico-cultural. Otros autores consideran a la soberanía como un concepto meramente jurídico, mi opinión concuerda con la de Miguel Reale; él sostiene que esto lleva en sí el riesgo de confundir poder con poder legislativo; cayendo en la tesis de Kelsen en la que Derecho, Estado y Soberanía son lo mismo, lo que es el máximo de unilateralidad.

La teoría de Jellinek, ya clásica, es la de autodelimitación y es definida de la siguiente manera: "aun cuando el poder soberano sea el más alto y no dependa de ningún otro, hállese sin embargo sometido al derecho y, en tal sentido, posee determinadas restricciones. Si el poder político fuera omnipotente —dice Jellinek— podría suprimir el orden jurídico, introducir la anarquía, y en una palabra determinarse a sí mismo. El poder estatal encuentra una limitación en la necesidad de ser poder jurídico, es decir, un poder cuyo ejercicio se haya normativamente regulado".

³² Uno de los más graves problemas que se suscitan alrededor de lo que es Soberanía, es el de su *titularidad*. La inquietud alrededor de esto podemos observarla en los teólogos españoles del siglo xvi, Suárez habla de una *traslatio* que es una individualización concreta del Estado, visión formidable de este gran pensador. Para Molina hay una *concesión voluntaria de la comunidad civil* que transfiere a los gobernantes el poder para su ejercicio, pero la titularidad originaria queda en la comunidad política; esta *traslatio* del poder no significa predeterminar la conducta del "soberano" y debe estar encuadrada dentro de las normas del derecho natural y del derecho divino; al igual que Molina, Suárez considera indispensable el consentimiento de la *comunitas*. (Gregoria Ma. Noguera, *Luis de Molina en perspectiva jurídico-política*, pp. 112, 113, 114, 135 y 136.) En otras palabras, para los teólogos españoles la titularidad de la soberanía residía en el pueblo, pero por *traslatio* el ejercicio correspondía al soberano, con las limitaciones de derecho natural y divino pudiendo considerarse dicha *traslatio* como irrevocable salvo los casos más radicales y extremos.

Para Belarmino la autoridad procede de Dios, pero su transmisión se verifica a través del pueblo que, al no poder ejercitarla, lo da a un sujeto mediato, que es el soberano, pero es necesario el consentimiento de la "unanimitad moral de los ciudadanos". (Juan Beneyto, *Historia de las doctrinas políticas*, p. 270.)

Hugo Grocio considera que: "La Soberanía suele tener dos materias como sujetas a sí: la principal, las personas, la cual materia sola basta a veces, como en el ejército de varones, mujeres y niños que buscan nueva residencia; la secundaria, el lugar, que se llama territorio." Considera respecto de la *traslatio*: "no se enajenan los mismos hombres, sino el derecho perpetuo de gobernarlos, por el cual son pueblo." De esta manera sigue la línea tradicional iusnaturalista una especie de contrato o pacto entre pueblo y gobernante. (*Del derecho de la guerra y de la paz*, pp. 375 y 31)

Para Bodino la Soberanía está limitada por el derecho natural y por el derecho de gentes; para Hobbes contrariamente la Soberanía es ilimitada y omnipotente y no puede ser cedida, porque ha entregado el pueblo todo su poder a una persona, por lo tanto la enajenación es definitiva enteramente. (Miguel Reale, *Teoría do Direito e do Estado*, p. 201 y Mario de la Cueva, *Teoría del Estado*, p. 217.) Mario de la Cueva sintetiza los grandes lineamientos de este problema de la manera siguiente: "En la Edad Moderna, la historia de las doctrinas políticas es una polémica entre dos tendencias: democracia y absolutismo; es un diálogo entre dos grandes pensadores, Tomás Hobbes y Juan Jacobo Rousseau; Hobbes sostuvo que la Soberanía radica en el monarca, no precisamente en una persona determinada, sino en el monarca como institución; Juan Jacobo Rousseau declaró que la Soberanía corresponde originaria y perpetuamente al pueblo." (*Teoría del Estado*, Apuntes, p. 292). La postura de John Locke, que adelanta grandes pasos en el planteamiento del Estado liberal como estructura político-económica, es definida de manera diáfana por Juan Beneyto: "No existe contrato entre el rey y el pueblo —dice— sino determinación del pueblo en sí. Se abre el cauce de las decisiones populares y se dan vigencias a los derechos de los individuos. Plantéase también el tema de la agregación de personas a la comunidad por adhesión al contrato originario. La monarquía absoluta —afirma— no es una sociedad civil, porque el monarca no es juez común dotado de autoridad para decidir entre él y los súbditos, encontrándose frente a éstos. El contrato originario ha de renovarse de generación en generación. Al pacto de unión sigue el de sujeción. (No es difícil advertir las resonancias de estas ideas en la Convención y en el *Bill* de derechos.) El Estado civil, surgido del Estado natural, crea relaciones entre los ciudadanos

La Soberanía no puede ser una forma hueca, como pretende Jellinek³³ o un concepto meramente jurídico, pues nadie la legisla. No es una realidad que el Estado crea, sino es algo que siempre acompaña al Estado, es estructura del mismo y base de la unidad político-jurídico-social de un pueblo. El único que puede crear

como tales, pero también 'en cuanto hombres'. El poder tiene límites: cuando deja de tutelar los derechos individuales, para cuya defensa se ha establecido, pueden los súbditos rebelarse y resistir." (*Historia de las doctrinas políticas*, p. 310.)

La corriente alemana respecto a la titularidad de la soberanía es asimilada y expuesta por Jellinek; para él la Soberanía es la facultad de autodeterminarse del Estado, de autoorganizarse dictando libremente la constitución y el contenido del Derecho; el pueblo o el príncipe no son el Estado sino los órganos de él. (Mario de la Cueva, *Teoría del Estado*, Apuntes, pp. 342, 345 y 338.) Esto es inaceptable en la medida en que se considera al Estado como una entidad ajena, separada e indiferente del pueblo, si se acepta que el Estado es el pueblo organizado políticamente, el pueblo mismo como organización política dentro de un territorio, entonces podría aceptarse que la Soberanía reside en el Estado, pues esto sería igual que aceptar la titularidad de la Soberanía del pueblo organizado de manera política.

Schmitt, modificando un tanto la línea tradicional alemana sintetizada por Jellinek, define la titularidad de la soberanía de la siguiente manera: "Souverän, ist wer ueber den Ausnahmezustand entscheidet." Schmitt considera que aquel que decide con relación a la suspensión de garantías y a las facultades extraordinarias, es el soberano, ya que posee una especie de poder aún más allá de las normas jurídicas. Esta concepción es incorrecta y es una opinión un tanto parcial e interesada.

³³ Jellinek considera que la Soberanía es un concepto puramente formal, carente de contenido, opinión unilateral que no puede dejarnos satisfechos. Para Kant, el filósofo clásico del Iluminismo, el Estado puede definirse como "congregación de hombres bajo un orden jurídico", por lo que se cae en la misma idea de considerar a la soberanía como un mero concepto de derecho. Lindsay sostiene que la Soberanía es la autoridad reconocida y determinada que hace posible el gobierno y el derecho sancionado por la fuerza; la Soberanía no es una autoridad, es la síntesis de poder y de Derecho que acompaña a todo Estado. Para Hermann Heller la Soberanía es la pretensión de un pueblo de que se respeten su unidad y su independencia, y la instancia decisoria suprema es la organización política de cada nación. Es de concordarse con la posición de Heller, salvando desde luego discusiones de terminología. (Mario de la Cueva, *Teoría del Estado*, Apuntes, p. 368.)

la soberanía es el mismo pueblo, en el momento histórico en que se siente definido y maduro para existir como nación frente a las demás naciones, concretizándose y expresando ese impulso de definición en un Estado.³⁴ Es el pueblo entonces el que crea la soberanía, que no viene a ser sino las voluntades políticas que se unifican y adquieren realidad en un ser político: el Estado, aportando, al mismo tiempo, todo un sustrato de convivencias, posturas, historia, ética, finalidades, costumbres que se encauzan dentro del poder de hecho y de Derecho, dialécticamente unidos, formando un Estado soberano.

Así como en la sociedad se dan un sinnúmero de relaciones dentro de las cuales el individuo, es, a la vez: persona íntima, ciudadano, gobernante, miembro de una colectividad, el pueblo es a un tiempo, según la índole de sus relaciones: sociedad, colectividad o Estado.

³⁴ Los tratadistas de la Escuela Francesa, fundamentalmente hablan de que la titularidad de la Soberanía corresponde a la nación; podría hacerse la pregunta que a ese respecto plantea Miguel Reale: "Mas, en quanto nao se organiza a Nação, ou vai-se organizando apenas, nao existirá porventura soberanía? Onde está o assento da vontade que efetua esse organização mesma, que edifica o Estado?" (*Teoría do Direito e do Estado*, p. 143.) Posteriormente el citado autor sostiene que hay dos momentos en el ejercicio de la soberanía: el social y el jurídico. El social corresponde a la nación y el jurídico al Estado. Considero desafortunada esta división, ya que, como habíamos dicho, la Soberanía es unitaria e indivisible. Para Duguit Soberanía y autoridad se identifican, contraviniendo la corriente francesa del siglo xx. Para Kelsen "el pueblo es pura y simplemente la esfera humana de vigencia del Derecho. La Soberanía queda reducida a una cualidad lógica del orden jurídico como totalidad" (Luis Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y Derecho*, pp. 60 a 68), llegando al extremo de deformar la existencia y la realidad social. Para Mario de la Cueva el pueblo es, ante todo "creador del Estado, y como tal creador, no es el órgano del Estado" (*Teoría del Estado*, Apuntes, p. 352).

Pienso que el pueblo organizado políticamente es el Estado, así que la discusión de la titularidad me parece que se ha convertido en un debate de terminologías.

El Estado no es, por lo tanto, algo ajeno al pueblo, una forma aislada y vacía, es el mismo pueblo actuando políticamente, comportándose, modificándose, creando y destruyendo sus modos de ser, sus actitudes, sus ideologías y estructuras.³⁵

El Estado no es una función, es una manera de ser del poder del pueblo, modificable en el devenir de la historia. Por eso la crítica en contra del Estado moderno es adecuada, ya que se ha convertido actualmente en un instrumento de grupos de la sociedad que utilizan su poder para la protección de privilegios y de derechos personalistas, contraviniendo la realidad de que el poder es un atributo originario del pueblo. Las críticas y las nacientes formas políticas, económicas y sociales anuncian cambios de estructura; las condiciones históricas son distintas a las que crearon el Estado moderno que ya no corresponde³⁶ a las determinantes históricas de nuestro tiempo.

³⁵ Herman Heller es uno de los tratadistas que más han insistido en vincular toda teoría con la existencia concreta y real, siguiendo en parte los lineamientos de la corriente fenomenológica de Husserl.

³⁶ Esta opinión es compartida por la mayoría de los grandes teóricos modernos, y por tratadistas de fama internacional. Schmitt considera insuperable la tensión entre la corriente unificadora y totalizante de la política y los derechos y los intereses individuales. Hermann Heller plantea el choque entre los directores de la política y los directores de la económica: "Dieses Auseinanderklaffen von politischer und gesellschaftlich-wirtschaftlicher Macht ist ein Zustand, dem Dauer nicht Beschienen sein kann Entweder muss die Staatsgewalt durch eine eigne ökonomische Machtfundierung die Möglichkeit bekommen, sich gegenüber den privaten Wirtschaftseinflüssen politisch zu verselbständigen, oder der Kampf der Wirtschaftsleiter muss den wenigstens vorläufigen Erfolg haben, dass sie die demokratische" (*Staatslehre*, p. 38).

Juan Beneyto describe la crisis del Estado moderno de la siguiente manera: "Es concretamente el ejemplo de la capacidad de la plutocracia para mantener partidos e imponer en ellos sus propias apetencias bajo el disfraz de los intereses comunes. Fue ya Pareto quien vio este problema de la plutocracia, fuerza poderosa que debe ser ignorada por el Estado liberal, con la consecuencia de que queda exenta de control, pero libre para actuar en el Estado y contra él." "El liberalismo como estilo de vida reflejaba las aspiraciones y los idea-

Las finalidades del Estado son el horizonte político de la existencia cotidiana histórica de un pueblo; el Estado debe ser, como decía Hegel, el marco, el cauce que hace posible, facilita y permite el desarrollo de la vida ética y social del hombre. No puede ni debe tener fines distintos de los emanados del orden social, de la comunidad, del choque de las actitudes individuales.

Los fines del Estado provienen de cada individuo, de cada grupo, asociación o clase social. Son producto de una época, de la percepción y propensión con que los hombres afrontan la vida en un momento determinado, dentro de toda su vinculación histórica; son lineamientos, rasgos del cuadro del hombre, del ideal del hombre reconocido por la sociedad, son síntesis política de los valores aceptados como régimen social y ético de convivencia.³⁷ El fin del Estado como entidad política es estructurar al pueblo; en realidad el pueblo —Marx decía respecto del propio individuo—: "Es el autor y el actor de su propia existencia"; el que se organiza en Estado, para regresar después sobre sí mismo a regular y hacer posible su vida social e individual.

Los valores éticos y culturales los aporta la comunidad y los individuos con su vivir, no los inventa ni debe imponer el Estado; solamente se requiere su regulación para realizar una verdadera armonía de la sociedad y de los individuos.

Por eso el fin primordial del Estado es la educación en el sentido clásico de *Paideia*,³⁸ educación que

les intelectuales, sociales, económicos y políticos de las clases nacientes del desarrollo burgués. Hay así un íntimo parentesco entre liberalismo y capitalismo. La burguesía defendió los derechos sustanciales del hombre para incorporarse a la vida pública, pero luego tendió a defender los derechos formales para seguir detentando el poder." (*Historia de las doctrinas políticas*, p. 438).

³⁷ Werner Jeger tiene una concepción muy clara de este problema: "Y puesto que el desarrollo social depende de la conciencia de los valores que rigen la vida humana, la historia de la educación se halla esencialmente condicionada por el cambio de los valores válidos para cada sociedad." "Este ideal del hombre, mediante el cual debía ser formado el individuo, no es un esquema vacío, independiente del espacio y del tiempo. Es una forma viviente que se desarrolla en el suelo de un pueblo y persiste a través de los cambios históricos. Recoge y acepta todos los cambios de su destino y todas las etapas de su desarrollo histórico." (*Paideia*, pp. 4 y 12.)

³⁸ Para los griegos "la educación representaba el sentido de todo humano esfuerzo. Era la justificación última de la existencia de la comunidad y de la individualidad humana". "Todo futuro humanismo debe estar esencialmente orientado en el hecho fundamental de toda la educación griega, es decir, en el hecho de que la humanidad, el 'ser del hombre' se hallaba esencialmente vinculado a las características del hombre considerado como un ser político." (*Paideia*, pp. 6 y 13.) Es incuestionable esa unidad que debe existir entre Estado y educación, ya que toda comunidad debe continuar su

proyecta los valores de la comunidad dentro del individuo, que forma y da sentido a las individualidades, a los grupos y a la misma sociedad.

Para seguir una línea sistemática dentro de esta Introducción, creo necesario regresar a algunos conceptos básicos. El orden social, según la definición ya dada, es el fundamento de todas las estructuras que posteriormente devienen. El orden jurídico es una estratificación del orden social, y el orden político es un tercer perfil de la compleja realidad humana, que introduce la voluntad en este tejido complicado de actos, reacciones, conductas y vínculos.

Debe hacerse un análisis escueto de lo que es una Constitución.

El término Constitución tiene un sinnúmero de interpretaciones y modalidades, no es el caso sintetizar los diferentes sentidos del término, pero indiscutiblemente Constitución significa por sí: estructura, forma, concreción, modo de ser.³⁹ El Estado, comunidad política de un pueblo organizado, supone una manera de ser, una estructura que involucra la voluntad de ser precisamente de algún modo; la Constitución es la estructura fundamental del Estado, es también la concreción normativa que el pueblo, en virtud de su soberanía se da, sintetizando el conjunto de valores, costumbres e intereses que lo integran. De esta Constitución emanan todas las demás normas organizadoras de la vida jurídica y social de un pueblo, reguladoras del gobierno y de todas las funciones públicas. Schmitt tiene razón cuando afirma que el carácter más relevante de una Constitución es de naturaleza decisoria, no abstracta o formal;⁴⁰ de este concepto han brotado multitud

vida histórica readaptando las fuerzas individuales en un coeficiente común de responsabilidad y de esfuerzo colectivo.

No sólo los griegos tuvieron esa concepción unitaria de Estado y educación: el Iluminismo hizo un intento de volver a la *Paideia*, sólo que de conformidad con su época histórica, o sea de manera individualista: "En el terreno social y político, el Iluminismo busca la discusión de los problemas, y para que sea posible esa discusión derrama las 'luces'. Estas se concretan en una fundamentación doctrinal en la que destacan el culto de la tolerancia, el desdén por la tradición, la pasión por la economía y, en fin, una nueva visión del Estado: El Estado órgano cultural." (Juan Beneyto, *Historia de las doctrinas políticas*, p. 296.)

³⁹ Los criterios de lo que es una Constitución han sido muy variados. Fustel de Coulanges consideró que la Constitución debería comprenderse como 'historia puesta en acción'. Schmitt divide los significados de Constitución de la siguiente manera: absoluto, relativo, positivo, ideal, normativo (véase *Verfassungslehre*, pp. 3 a 44) dando, dentro de cada uno de estos significados, matices distintos.

⁴⁰ Mario de la Cueva, interpretando a Schmitt dice a este respecto lo siguiente: "No es la Constitución la que crea a la unidad política, sino, al contrario, es la unidad política la que, mediante una decisión consciente, se da una forma y

de interpretaciones contrarias. Decisión no significa capricho, es una voluntad integradora de las otras voluntades, para formar una columna vertebral, un cauce en el que se continúe la historia, las posiciones individuales frente a la existencia, que son la última célula eslabonada de ese conjunto de actos, de manera de conducirse, de realidades vitales intercomunicadas, de modos de ser que se expresan y entrelazan en toda una com-

una manera de ser; por ello es que la unidad política pervive en la historia, no obstante los cambios en su Constitución. La Constitución en sentido positivo no se integra con normas jurídicas, sino con las decisiones políticas fundamentales que adopta una comunidad: el orden jurídico se eleva sobre esas decisiones políticas fundamentales. El ilustre profesor de derecho constitucional analizó las constituciones europeas del siglo XIX y principios del XX y concluyó diciendo que, según esas constituciones, las decisiones políticas fundamentales eran cuatro, dos de ellas —la idea de la soberanía nacional y la doctrina de la representación— estrictamente políticas, en tanto las otras dos —la idea de los derechos del hombre y el principio de la división de poderes— eran político-jurídicas. Los cuatro principios son la base política sobre la cual se eleva el orden jurídico de cada uno de los Estados europeos, pero no son las normas jurídicas." (*Teoría del Estado*, Apuntes, p. 405.) Schmitt, a este respecto, criticando a Jellinek, dice: "Wenn Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 491, die Verfassung als 'eine Ordnung, der gemäss der staatliche Wille sich bildet', hinstellt, so verwechselt er eine seismässig vorhandene Ordnung mit einer Norm, der gemäss etwas gesetzmässig u. richtig funktioniert. Alle hier in Betracht kommenden Vorstellungen, wie Einheit, Ordnung, Ziel, Leben, Seele sollen etwas seiendes, nicht etwas nur Normatives, richtigerweise Geseolltes angeben." Con relación al origen de una norma, sostiene: "Eine Norm kann sich nicht an sich selber legitimieren; ihre Geltung beruht auf dem existentiellen Willen dessen, der sie erlässt." (*Verfassungslehre*, pp. 4 y 90.)

Un tanto injustificadamente hace una crítica exagerada Sebastián Soler del Decisionismo: "No es la primera vez que aparece en la historia del pensamiento una tendencia monista traspuesta al terreno político. En los siglos XVI y XVII la idea de que el mundo real es el mejor de los mundos posibles se extiende a todos los campos desde la *Teodicea* de Leibniz hasta el ingenuo optimismo político del doctor Pangloss. Sólo después de producido el hecho dictamina qué debía ocurrir. La teoría moderna ha borrado las justificaciones jurídicas; sólo conoce justificaciones históricas: el éxito constituye al derecho. En las teorías de la Constitución, del Estado, de la interpretación, de la autoridad, se descubrirá siempre la tendencia a colocar la norma detrás de los hechos, a exaltar el hecho político por encima de la constitución, la jurisprudencia por encima de la ley; al Estado por encima de la norma, concibiéndolo de modo más o menos personalizado. En casos extremos, el Estado se identificará psicológicamente con una persona dotada de especiales intuiciones creadoras de valores jurídicos, de normas y de deberes. A esto se le llama decisionismo, por oposición al normativismo que coloca al Estado dentro de un sistema normativo y concluye en la identificación entre Estado y Derecho. (*Fe en el Derecho y otros ensayos*, p. 80).

plejidad integradora de actos de poder, encaminados a plasmar y a organizar un sistema de normas que sean frontera y límite de la existencia.

El pueblo, titular de la Soberanía, una, indivisible, imprescriptible e inalienable, no puede ejercitarla prácticamente de manera directa. Requiere entonces representación que debe ser, a su vez, unitaria e indivisible. Esta representación⁴¹ crea el poder público y es deno-

⁴¹ Uno de los aspectos más importantes con relación al Poder Constituyente, se sintetiza en la pregunta ¿quién es el creador del poder público? Según se responda esta pregunta podrá uno definir cuál es la forma de Estado, si la soberanía reside en el pueblo, habrá democracia; si reside en el monarca, habrá monarquía. (Mario de la Cueva interpretando a Schmitt, *Teoría del Estado*, Apuntes, pp. 441 y 447.)

Para Schmitt el Poder Constituyente es unitario e indivisible y da la siguiente definición de él: "Verfassungsgebende Gewalt ist der politische Wille, dessen Macht oder Autorität in der Sache ist, die konkrete Gesamtscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen, also die Existenz der politischen Einheit im Ganzen zu bestimmen." (*Verfassungslehre*, p. 75.) Esa decisión o voluntad constituyente es indivisible, y está por encima de cualquier procedimiento constitucional o Constitución. El pueblo, titular y actuante del Poder Constituyente, no es ninguna organización o instancia limitada y definida, sino tiene toda la amplitud decisoria y de voluntad. El funcionamiento del Poder Constituyente lo sintetiza Carl Schmitt de la manera siguiente: "Eine solche Verfassung ist eine bewusste Entscheidung, welche die politische Einheit durch den Träger der verfassungsgebenden Gewalt für sich selber trifft und sich selber gibt." "Eine Verfassung entsteht entweder durch einseitige politische Entscheidung des Subjekts der verfassungsgebenden Gewalt oder durch gegenseitige Vereinbarung mehrere solcher Subjekte." (*Verfassungslehre*, pp. 21, 44, 75, 77, 83 y 84.)

Giorgio del Vecchio reconoce muchos de los principios que sostiene Schmitt: "La actuación del poder constituyente implica una formación originaria del Estado, y por ende no puede estar regulada por ningún orden jurídico preexistente. Como quiera que el poder constituyente es la condición para que después pueda haber Derecho constituido, no se encuentra condicionado por ninguna norma positiva. El acto constituyente aparece como el acto primordial y originario de soberanía, superior y anterior a los actos de soberanía ordinaria, cuya futura regulación él mismo habrá de establecer." "En cambio, el poder constituyente puede estructurar el Estado como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas." "Según la teoría democrática, el poder constituyente de la soberanía nacional, una, plena e indivisa, es *inalienable, permanente, intrasmisible e imprescriptible*. Permanece siempre en potencia, latente por encima de toda constitución derivada de él y de todas las leyes dadas dentro del marco de la constitución vigente." (*Filosofía del Derecho*, pp. 577 y 578). Recaséns Siches acepta también la unidad y la indivisibilidad del poder constituyente (*Vida humana, sociedad y derecho*, p. 318.)

Felipe Tena Ramírez sustenta una posición consecuente con toda esta línea doctrinaria: "Así, pues, la soberanía, que es la autodeterminación del pueblo, se expresa por la voz del constituyente, que se formula en la constitución; de este modo la constitución viene a ser la expresión de la soberanía. El contenido mínimo y elemental de una constitución del tipo de la norteamericana consiste en crear y organizar los poderes públicos, dotándolos de facultades, es decir, limitándolos. En consecuencia, el poder *constituyente* tiene por misión esencial establecer en la constitución los poderes *constituidos*, que son los que van a gobernar mediante el ejercicio de las facultades que expresamente y, por lo tanto, limitadamente, les confirió la constitución. Expedida la constitución,

minada poder constituyente, que de hecho, tiene la posibilidad de determinar, de decidir una forma, sistema y estructura política, fundamento organizador de un pueblo. Entonces el Poder Constituyente es el que dicta una Constitución, base de la organización político-social, que en su origen posee carácter decisorio, voluntad actuante y síntesis político-histórica de un pueblo que en ella refleja todo un proceso dinámico. Por lo que es en un momento determinado: cauce y forma, resultado de una manera de ser, concreción de fines y valores. Es, desde luego, una norma de normas, norma fundamental, basamento de todo sistema jurídico; de ella se derivan las grandes direcciones encauzadoras de la vida social e individual y del Derecho Positivo en ella se plasman también los principios que deberán promover los valores de una comunidad y que expresan los rasgos políticos de un pueblo.⁴²

No debe confundirse Poder Constituyente con Estado, ya que antes de existir el primero, ya se presupone una unidad político-histórica, la voluntad de un

su autor desaparece, agotada su función. Tales poderes ya no son soberanos, porque sólo pueden hacer lo que la constitución les ordena; están determinados, limitados por ella. Soberanía y límites son conceptos incompatibles, como lo son la libertad y la determinación." Hay, por lo tanto, en el sistema norteamericano una diferenciación perfecta entre el poder constituyente y los poderes constituidos y es en esta distinción donde estriba precisamente la esencia del régimen constitucional." (*Derecho Constitucional*, p. 48.) El Poder Constituyente "representa" la soberanía popular, en el sentido que le da Schmitt a "representar", o sea algo que va más allá de cualquier delegación o traslación; "representación" es, para Schmitt, algo existencial, no normativo ni sujeto a procedimiento. (*Verfassungslehre*, pp. 309 y 312). Finalmente, para el citado autor alemán, la legitimidad de un poder constituyente o de una Constitución radica, si el poder político es democrático, en la unidad del pueblo, y si es monárquico, en la autoridad del soberano. (*Verfassungslehre*, pp. 90, 209 y 212.)

⁴² Se dan un Derecho originario y otro secundario. El primero es la Constitución y el segundo es el sistema de ordenamientos jurídicos positivo. Ya estructurado el Estado puede crear, a su vez, Derecho, de conformidad con las facultades constitucionales previstas, pero esta creación de Derecho está limitada por los lineamientos constitucionales previstos en la ley fundamental. (Mario de la Cueva, *Teoría del Estado*, Apuntes, pp. 395 y 396.)

pueblo de integrarse, decidiéndose a ser políticamente de un modo determinado.⁴³

La Constitución no es una forma vacía, por lo contrario, es una norma que traduce la realidad social, en la que chocan y se imponen intereses y fuerzas que desean ver plasmadas sus voluntades y deseos. Es, según la fórmula de Lasalle, la expresión de los factores reales del poder.⁴⁴

La Constitución no es soberana,⁴⁵ puesto que sobre

⁴³ El ser político es anterior al Poder Constituyente y se debe diferenciar la creación del Estado y la estructuración de una Constitución. (Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 359.)

⁴⁴ Casi todos los tratadistas están de acuerdo en la doctrina de Lasalle. Para el autor alemán la Constitución no puede crear la realidad social y política, sino debe traducirla, ser expresión de las tensiones y pugnas de los diferentes factores y fuerzas sociales; una Constitución no es una fuerza, si no es una expresión normativa, Herman Heller dice que una Constitución: "es la expresión normativa, de una realidad política". Es importante no olvidar que la Constitución es también primordialmente expresión de voluntad y decisión de ser políticamente de un modo determinado.

Otro autor que de una manera menos clara sostiene los mismos principios que Lasalle es Charles A. Beard: "Hemos visto también que las constituciones políticas de las grandes naciones fueron, por siglos, deliberadamente ajustadas a la división de la sociedad en órdenes, grupos y estados separados, cada uno de los cuales perseguía una tendencia particular y alimentaba sentimientos propios en lo tocante a intereses económicos." (*Fundamentos económicos de la política*, p. 59.)

⁴⁵ Lindsay plantea una serie de razones favorables para aceptar a la Constitución como soberana: "Si aceptamos el principio de la soberanía de la constitución, podemos encontrar una solución para todas las dificultades con que tropezó la teoría antigua al encontrarse con la división de poderes y los gobiernos federales. Las personas determinadas que declaran, hacen o ejecutan las leyes, pueden ser varias y no necesitan constituir un cuerpo, siempre que sus lugares y atribuciones se hallen establecidos en la constitución y que ésta delimite sus esferas respectivas de acción y establezca el procedimiento para zanjar los conflictos entre ellas. La Constitución conserva la unidad, indivisibilidad y supremacía que la teoría ha sostenido siempre como características de la esencia de la Soberanía." (*El Estado democrático moderno*, p. 323.) Esto se presta a una confusión. Con relación al orden jurídico ordinario, la Constitución es la base fundamental del orden jurídico y por comodidad algunos le llaman entonces soberana; "Soberanía requiere rasgos existenciales, voluntad y una norma no es voluntad; cuando mucho, expresará una voluntad o un ser de cierta manera" (Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 7.) La idea de Lindsay de que "la obediencia de las personas es una obediencia prescrita por la Constitución y por

ella está su creadora, la voluntad soberana del pueblo, representada por el Poder Constituyente. Se presta a confusión el que la ley fundamental sea, normativamente, la piedra angular de la jerarquía jurídica, pero, la Constitución, como dice Mario de la Cueva, es un derecho primario que crea un orden jurídico de índole secundaria: la Constitución no puede hacer otra Constitución, pues la Constitución no es poder político, sino concreción de la Soberanía, expresión de un modo de ser político de un pueblo determinado.

La Constitución del Estado liberal burgués tiene una estructura especial, formada por: las decisiones políticas fundamentales y la esfera de protección del indi-

ello depende del hecho supremo o soberano de la Constitución" es inexacta y débil por las razones antes dichas. Toda Constitución posee validez a través solamente del ser político que la sustenta, por lo tanto es un error utilizar determinada terminología de una manera deformante.

tico: monarquía, aristocracia o democracia. No puede haber Estado liberal sin estos dos componentes, sin estas dos esferas de acción.

Toda Constitución moderna y, por lo tanto, todo Estado, son mixtos, ya que la misma Soberanía popular, comunidad de decisión dentro de los lineamientos de la Edad Moderna, tiene frente a sí la esfera de protección del individuo, misma que debe organizar y respetar. A su vez, el individuo está limitado por una serie de normas que son producto de la voluntad de un pueblo. Así se intenta un equilibrio teórico de estos elementos constitutivos del Estado burgués.⁴⁷

Después del Renacimiento y del movimiento de Reforma, surgen la guerra de Independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa, que son concreciones definitivas de la segunda ampliación del cuadro humano. Los ideales, el pensamiento y las normas jurídicas producidos en esta época, muestran cómo ese vigoroso tercer estado (Sieyès), la burguesía, en un impulso definitivo plasma, de manera concreta, su forma política de poder. Como consecuencia de esto se para para sí una esfera de protección que, arraigada a toda la corriente de derecho natural, justifica y estructura a base de barreras y frenos limitadores de cual-

viduo, producto precisamente de la corriente ideológica de la Edad Moderna. Puntos de esta esfera de protección son: las garantías individuales y la división de poderes.⁴⁶

Las decisiones políticas fundamentales son aquellas por las que el pueblo elige una forma de poder polí-

⁴⁶ El Estado liberal ha sido también llamado Estado de Derecho. Juan Beneyto describe el origen y la estructura de este Estado: "La doctrina liberal y democrática, que busca para el Estado el cuadro de la Constitución, fija en ella su régimen como síntesis de la forma política considerada perfecta: la que está presidida por el orden jurídico, el llamado 'Estado de Derecho', concepto de aportación kantiana a la interpretación del Estado Moderno. El término *Rechtsstaat* fue inventado por Roberto von Mohl, y quedó como tan puramente alemán y tan difícil, que de él escribía Bismarck, en 1881, que no se tenía ni una definición satisfactoria ni una traducción a las demás lenguas." "El supuesto esencial del 'Estado de Derecho' estriba en su carácter de organismo garantizador de los derechos individuales. Viene por ahí la sobrevalorización del mecanismo establecido para contener los movimientos del Poder. El régimen político liberal se convierte en un sistema de precauciones jurídicas, ligadas a la Constitución, al principio de la separación de poderes, al gobierno representativo, a la igualdad legal, a la opinión pública y, en fin, al mecanismo de los recursos." (*Historia de las doctrinas políticas*, pp. 401 y 402.) Es de aceptarse sin reservas lo anterior.

⁴⁷ "Die Verfassungen der heutigen bürgerlichen Staaten sind demnach immer aus zwei Bestandteilen zusammengesetzt; einerseits die rechtsstaatlichen Prinzipien zum Schutz der bürgerlichen Freiheit gegen den Staat, andererseits der politische Bestandteil, aus welchem die eigentliche Staatsform (Monarchie, Aristokratie oder Demokratie oder ein 'status mixtus') zu entnehmen ist. In der Verbindung dieser beiden Bestandteile liegt die Eigenart der heutigen bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassungen." De esta manera define Schmitt lo que es una Constitución liberal-burguesa. Considera que en esta tensión de esferas los principios de decisión política son atemperados y limitados por la esfera de protección individual. Las garantías individuales son la concreción protectora de esta esfera. Ya Kant definía en su libro *Zum ewigen Frieden* II, 1, las garantías individuales como principios *a priori* fundamentales. En el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se dice que un Estado sin derechos fundamentales y sin división de poderes no tiene Constitución. Schmitt comenta esto diciendo que desde luego no tiene Constitución desde el punto de vista liberal. (*Verfassungslehre*, pp. 41, 131, 127, 130, 126, 164 y 216.) Sebastián Soler critica la posición de Schmitt de la siguiente manera: "Para advertir cuán redonda ha sido la vuelta, recurramos una vez más al testimonio diabólico de Carl Schmitt. Según él, la base característica, el punto de arranque de una Constitución 'liberal-burguesa' consiste en el supuesto de que la libertad del individuo es ilimitada y la del Estado limitada. Este principio, al que llama principio de *distribución*, y el principio de *organización*, que es la división del poder, constituyen lo que especifica el Estado de Derecho." (*Fe en el Derecho y otros ensayos*, p. 176.)

quier invasión del Estado, dentro de sus fronteras definidas, este reducto de su ideología, la ya citada esfera de protección individual. Sus elementos constitutivos son: las garantías individuales y la división de poderes, sistemas normativos encaminados a eliminar actividades del Estado que alteren o impidan el desarrollo del vigoroso impulso individual, típico de dicha época.

Estos derechos fundamentales o garantías individuales son: respeto a la dignidad humana, derecho de asociación, expresión, credo, etcétera, igualdad jurídica, libertad de trabajo, libertad de tránsito, seguridad jurídica y protección a la propiedad privada. Forman un sistema normativo con recursos que pueden inclusive retrotraer actos del Estado que sean violatorios de la esfera individual.⁴⁸

La división de poderes completa el sistema de protección de dicha esfera. Tienen su origen en el pensamiento inglés, primero con la teoría del equilibrio de los poderes de Bolingbroke, después con Locke y, por último, el mismo Burke, a pesar de su tendencia conservadora sigue, en este sentido, parecida trayectoria. Esta corriente es recogida por Montesquieu que la difunde y plantea en su versión más conocida. Muy posteriormente se llegó a otra fuente de la división de poderes: el pensamiento de Rousseau.⁴⁹

Para Montesquieu la división de poderes es tajante, y éstos deben ser tres, independientes el uno del otro: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; organizados

⁴⁸ Ver Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 157 a 182.

⁴⁹ Ya en los discursos sobre Tito Livio de Maquiavelo, se esboza la necesidad de que dentro de un Estado los elementos del gobierno estén en armonía, fundándose Maquiavelo en un estudio de las instituciones romanas de la Dictadura y Decenvirato. Para Bolingbroke y para Locke existe también la necesidad de una separación de poderes dentro del Estado constituido. Todas estas ideas son tomadas posteriormente por Montesquieu.

como un sistema de frenos y contrapesos que evita la centralización de funciones en cualquiera de ellos.

La división de poderes ha tenido críticas muy agudas; Hegel reconocía dicha división sólo como un esencial momento de diferenciación, pero sin considerar los poderes independientes entre sí; los veía dialécticamente vinculados en una síntesis unitaria.⁵⁰

Rousseau metafóricamente se burla de los que aceptan la corriente clásica de la división de poderes, comparándolos con los magos japoneses que cortan públicamente un niño en pedazos para un momento después presentarlo, ante los ojos atónitos de todos, completo.⁵¹ De las ideas de Rousseau pueden hacerse muchas interpretaciones distintas. Hay quienes, como Schneider, pretenden encontrar en su pensamiento un dualismo del poder basado en dos contrarios: general-abstracto e individual-concreto; otros, como Pedroso, encuentran en Rousseau un antecedente del monismo hegeliano del poder.⁵²

⁵⁰ "Das Prinzip der Teilung der Gewalten enthält nämlich das wesentliche Moment des *Unterschiedes*, der *realen* Vernünftigkeit; aber wie es der abstrakte Verstand fasst, liegt darin teils die falsche Bestimmung der *absoluten Selbständigkeit* der Gewalten gegeneinander, teils die Einseitigkeit, ihr Verhältnis zu einander als ein negatives, als gegenseitige *Beschränkung aufzufassen*." (G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 234, párrafo 275.)

⁵¹ "Er vergleicht dessen Anhänger jenen japanischen Gauklern, welche vor den Augen des staunenden Publikums ein Kind zerstückeln, die einzelnen Stücke in die Luft werfen und das Kind heil und ganz wieder auffangen. Das Bild, das er von gewaltenteilig organisierten Staat entwirft, könnte von *Picasso* entworfen worden sein." (Peter Schneider, "Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart", *AöR Band 82*, Heft 1, 1957, p. 4.)

⁵² Schneider interpreta a Rousseau de la siguiente manera: "Diese Gedankenreihe entspricht genau der Argumentation Rousseaus im *Contrato social*. Sie führt nicht ohne weiteres zu einen Gewaltenmonismus, sonder umgreift einen Gegwltendualismus, der auf dem Gegensatzpaar generell-abstrakt, individuell-konkret basiert. Allerdings befinden sich die beiden Grundfunktionen in einem strengen Über- und Unterordnungsverhältnis, welches *Rousseau* bekanntlich energisch betont." Otros autores

Para los tratadistas contemporáneos los poderes se dividen en dos: un poder legislativo y un poder que ejecuta el Derecho (Jellinek). El pensamiento de ellos guarda semejanza con la interpretación dada por Schneider a las teorías rousseauianas, ya que según dicha interpretación, el Poder Legislativo dicta normas generales y abstractas y el poder ejecutor del Derecho las individualiza y concreta. Otra forma de ver esta dualidad es la que divide los poderes en: uno creador y actuante, y otro de conservación y defensa.⁵³ En lo que están de acuerdo tratadistas como Forsthoff⁵⁴ es

conciben la división bipartita del poder de la siguiente manera: "Es sei im folgenden versucht, diese Konstellation im Zeichen zweier, sich ergänzender Grundfunktionen der *Gestaltung* einerseits und der *Bewahrung* andererseits zu verstehen. Gestaltende Funktion ist insbesondere der Legislative und der Exekutive, bewahrende dagegen der Rechtsprechung zuzuschreiben." ("Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart", *AöR Band 82*, Heft 1, 1957, pp. 10 y 12).

Las opiniones de Manuel Pedroso han sido expresadas por él mismo en sus cátedras y seminario de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la UNAM.

⁵³ "Zwei Möglichkeiten zeichnen sich hier ab: einmal die Möglichkeit, dem Träger der Gesetzgebungsfunktion den höchsten Rang zuzusprechen; zum andern die Möglichkeit, die Spitzenstellung dem Träger der Regierungsfunktion zuzuweisen. Jellinek gliedert die staatstätigkeit formal in Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Rechtssetzung bedeutet Erlass von generell-abstrakten Normen, Rechtsanwendung deren Individualisierung und Konkretisierung. Rechtssetzung "beherrscht" die Rechtsanwendung, wie das Allgemeine, die Ratio das Besondere, die Voluntas beherrscht." "Wie ist diese Wendung zu erklären? Jellinek unterscheidet zwischen freier und gebundener Staatstätigkeit. Bezeichnenderweise und ganz im Sinne des Dargelegten halt er dafür, dass das Moment der Freiheit im Bereiche der Gesetzgebung die grösste Bedeutung besitze." (Peter Schneider, "Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart", *AöR Band 82*, Heft 1, 1957, pp. 9 y 10.)

⁵⁴ Forsthoff verweist wiederholt darauf, dass die rechtstaatliche Verfassung in der Ambiance der bürgerlichen Gesellschaft beheimatet sei und ursprünglich den Gegensatz Zwischen Staat und Gesellschaft zum Ausdruck bringe. Andererseits aber schreibt er: "Bei Schranke Zwischen Staat und Gesellschaft is inzwischen gefallen." (Peter Schneider, "Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart", *AöR, Bank 82*, Heft 1, p. 17.)

que en la actualidad, realmente los poderes han invadido los unos las esferas de los otros y hay una verdadera mezcla de atribuciones diseminadas en ellos. En lugar de una división de poderes existe una diferenciación de funciones, una coordinación encaminada más bien a una adecuada distribución técnica y facilitación de las actividades estatales que un sistema clásico de barreras entre sociedad y Estado. Debe reconocerse además que una Constitución no puede ser ya la estructura típica del Estado y de la vida burguesa en esta época, pues dicha forma jurídica de poder político nos parece, en la actualidad, meramente técnica y formal. Por ello, la tercera ampliación del cuadro humano, el socialismo, ha venido a darle a la Constitución un contenido concorde con las nuevas circunstancias.⁵⁵ Actualmente no hay tratadista prestigiado que no reconozca esa situación, por ejemplo: Schmitt, Heller, Jahrreiss, etcétera, quien en su discurso de rectorado 1956-57, sintetizó la imposibilidad de concebir el Estado y a la Constitución sin un contenido social, sin una esfera de protección más amplia a los grandes núcleos de población de pocos recursos económicos. La educación, la salud y el trabajo, han dejado de ser solamente libertades, para convertirse en derechos exigibles al Estado. Si el Estado moderno es una mezcla de decisiones políticas esenciales y de esfera individual de protección, el Estado actual, al que podía denominarse Contemporáneo, y su Constitución, son una mezcla de estos elementos y de uno más, el de las prestaciones estatales obligadas que tienen su derecho correlativo en las garantías sociales.

⁵⁵ "Koordination der Gewalten ist möglich und mit dem Prinzip von der Einheit der Staatstätigkeit verknüpfbar, wenn die einzelnen Staatsfunktionen in einem Ergänzungsverhältnis gesehen werden." (Peter Schneider, "Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart", *AöR Band 82*, Heft 1, p. 21.)