

REFORMA POLÍTICA LUTERANA EN EL SIGLO XVII DE MARTÍN LUTERO A HENNING ARNISAEUS*

MARCO A. HUESBE LLANOS
Universidad Católica de Valparaíso (Instituto de Historia)
Universidad de Valparaíso (Escuela de Derecho)

1. TEORÍA DE LA SOBERANÍA

Para estudiar la Reforma Política Luterana de fines del siglo XVI y comienzos del XVII, es necesario conocer previamente la teoría de la soberanía propuesta por el jurista francés Juan Bodino¹. Bodino persigue superar las graves tensiones del sistema político de la monarquía francesa, afectada por una creciente crisis de inestabilidad, debido a las guerras de religión. La teoría de la soberanía de Bodino está conformada por dos principios: el poder absoluto y la teoría de los derechos de la majestad.

La teoría de la soberanía de Bodino constituye, sin duda, un nuevo paradigma en la ciencia política y en la ciencia jurídica pública del siglo XVI. En efecto, Bodino rompe con el paradigma tradicional aristotélico-cristiano de la política hasta ese momento vigente, basado en la trilogía: la comunidad, la autoridad política, la fuente del poder político. En el primer libro del tratado de Juan Bodino *Los Seis Libros de la República* (1576) encontramos evidentemente una nueva orientación epistemológica de la política. Así, Bodino establece, derechamente, que la fuente directa del poder político es la voluntad del soberano a partir de la cual se ordena la sociedad a través de distintas medidas, reglas y disposiciones que el soberano arbitrariamente decide. De este modo, el soberano puede organizar el orden social de un sistema político, superando la fragmentación territorial y

* Este trabajo corresponde al Proyecto FONDECYT N° 1980298.

¹ Vid. QUARITSCH, H., *Souveränität* (Berlín 1970); S. GOYARD – Fabre, *Jean Bodin Et Le Droit De La République* (París 1989); D. QUAGLIONI, *Il limite de la sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell' eta moderna* (Padova 1992).

jurisdiccional existente en la Edad Media. Pero la propuesta de Bodino es todavía más revolucionaria. Hasta la aparición de *Los Seis Libros de la República* era indiscutible que la única fuente del poder político y de las atribuciones jurídicas que de él emanan tienen un origen suprapositivo. El texto aquí clásico para justificar la legitimidad del origen suprapositivo del poder es el texto de San Pablo: Rom. 13: 1-7. Bodino, a diferencia del Reformador Marín Lutero, ignora deliberadamente esta última fuente y con ello cambia sustancialmente el origen del poder político al trasladarla desde una instancia supranatural a una instancia material. Las consecuencias de este cambio son evidentes: y, de este modo, se inicia en la historia del pensamiento político el positivismo político-jurídico. Bodino, en cuanto al reconocimiento de la ley natural, y de la ley divina, y su obligatoriedad para el soberano, no reconoce otra fuente de autoridad que no sea la voluntad del soberano. Las consecuencias teóricas y prácticas de estos argumentos tuvieron un impacto enorme en la ciencia política y jurídica europea. Con ello Bodino da un durísimo golpe a las pretensiones temporales de la Iglesia Católica de seguir interviniendo como agente principal en la política. Con la teoría de la soberanía se establece, por primera vez en la historia de la teoría política la separación - subordinación en primer momento- de la Iglesia del Estado. Esta situación será aceptada especialmente por los autores políticos protestantes, para luego constituir uno de los principios político -constitucionales básicos del Estado liberal, al proclamarse el régimen de separación entre la Iglesia y el Estado.

Ahora bien, el concepto de soberanía bodiniano se mantuvo incólume hasta la Revolución francesa. Será otro francés, esta vez hijo y representante de la filosofía política de la *Aufklärung*, J. J. Rousseau, el que invertirá en el Contrato Social los planteamientos de Bodino, postulando la teoría de la llamada soberanía popular². Sin embargo, el concepto bodiniano de soberanía seguirá constituyendo el basamento doctrinal sobre el cual se funda el Estado. Actualmente, cuando se habla de la crisis de la soberanía y del Estado soberano se entiende que se está poniendo en cuestión el paradigma de Bodino.

Finalmente, cabe señalar que fue otro francés, ahora representante de la filosofía social cristiana del siglo XX, J. Maritain, quien en su obra *El Hombre y el Estado*, escrita como una refutación del Estado Soberano Moderno, cuna del Estado Totalitario Contemporáneo, liquida el concepto, la función y las atribuciones del modelo de Bodino³. En síntesis, en estos tres autores franceses: Bodino, Rousseau y Maritain podemos percibir la evolución, implicancias, consecuencias y fortuna de la teoría de la soberanía en el contexto del Estado Moderno desde el siglo XVI al XX.

² Vs. ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social* (México 1976). Lib. I, Cap. VII; Lib. II, cap. I; cap. II; cap. III; cap. IV; cap. V.

³ Vs. S. GOYARD - FABRE, *Jean Bodin Et Le Droit De La Republique* (París 1989) Cap. II. *El Concepto de Soberanía*, pp. 57 - 84.

2. TEORÍA DE LOS DERECHOS DE LA MAJESTAD

Según señalamos, la Teoría de la Soberanía tiene también un componente jurídico: los Derechos de la Majestad. La formulación de esta teoría del Derecho Público europeo moderno (administrativo, penal, internacional, preconstitucional) corresponde a lo que podríamos denominar teoría de la Legislación del Estado Absolutista. Esta teoría de la legislación es formulada como un requisito básico del Estado absoluto de uniformar, bajo un solo código normativo, las leyes que deben imperar en un territorio determinado. En este sentido los Derechos de la Majestad ponen fin en la historia jurídica europea a la prolongada situación de fragmentación jurisdiccional que imperó durante toda la Edad Media. Esta nueva realidad está íntimamente ligada con la aparición de la institución del Estado, proceso que el historiador español J. A. Maravall ha llamado acertadamente la revolución estatal del siglo XVI⁴. Nosotros colocamos nuestra atención en autores protestantes como tales como J. Althusius, H. Arnisaeus, T. Hobbes y J. Locke.

La teoría de la legislación de los derechos de la majestad fue propuesta primeramente por J. Bodino⁵. El jurista francés no trata con amplitud los derechos de la majestad sino que esboza una sugerencia. Estos atributos de la soberanía otorgan al soberano facultades en todos los ámbitos de la administración. En otras palabras se fortalece la idea que declara que el soberano concentra en sí las funciones correspondientes a cada uno de los poderes en los cuales se dividirá la administración del Estado a partir del siglo XVIII. Estas funciones son: derecho de legislación, administración, penal, económico, comercial, tributario y otras facultades y prerrogativas para casos excepcionales (indulto, gracia), (soberanía interna); firmar la guerra, declarar la paz, concertar alianzas con potencias extranjeras (soberanía externa). El impacto de esta teoría legislativa de los derechos de la majestad fue enorme en la ciencia jurídica europea. En Alemania, con el autor luterano H. Arnisaeus⁶, en Inglaterra con T. Hobbes⁷, la teoría de los derechos de la majestad alcanzan su formulación clásica como teoría de la legislación del Estado absolutista. El caso alemán presenta probablemente la dificultad para adaptarse al proceso de recepción de esta teoría, pues por las peculiaridades propias de la Constitución imperial, el sistema político alemán era muy distinto al francés, inglés o el danés.

De la trilogía mayor de los teóricos de los derechos de la majestad: Bodino, Arnisaeus, Hobbes, es Henning Arnisaeus, el que sistematiza de un modo más extenso y profundo este tópico. Este filósofo luterano establece una división entre derechos de la majestad mayores (exclusivos del soberano, no delegables) y derechos de la majestad menores (delegables como facultades administrativas de fun-

⁴ Vs. MARAVALL, J. A., *Estado Moderno y Mentalidad Social* (Madrid 1972).

⁵ Vs. BODIN, J., *Les Six Livre de La Republique*, (Lyon, 1577).

⁶ Vs. ARNISAEUUS, H., *De Jure Majestatis* (1610).

⁷ Vs. HOBBS, TH., *Leviathan* (1651).

cionarios superiores). Esta división crea las bases de la administración y de la burocracia del Estado absoluto, dando paso con ello a un proceso de institucionalización del Estado hasta el presente.

Para finalizar este punto, deseo señalar que la vigencia de los derechos de la majestad se extiende hasta ahora en la Constitución del Estado Vaticano⁸. También quedan algunos relictos jurídicos del absolutismo en el constitucionalismo contemporáneo, especialmente con prerrogativas tales como los derechos de gracia e indulto, pero en cuanto a tareas fijadas por la publicística de los siglos dieciséis y diecisiete del derecho público pareciera no haber mayores transformaciones hasta nuestros días.

3. TEORÍA DEL ABSOLUTISMO

La investigación de las últimas dos décadas, especialmente en la historiografía política jurídica alemana (Absolutismusforschung en la cual nos incluimos), ha realizado contribuciones importantes para el estudio del primer sistema político de Occidente moderno⁹. Ahora bien, ¿qué debemos entender por Absolutismo? La respuesta a esta pregunta es compleja, pues el tema en sí del Absolutismo, como indicaremos a continuación, trasciende el ámbito específicamente jurídico-político. Así, podemos señalar que la doctrina del Estado absolutista está estructurada a partir de las siguientes teorías: Teoría Política (soberanía), Teoría Jurídica (derechos de la majestad), Teoría Económica (mercantilismo), Teoría Teológica (teología civil, Estado confesional), Teoría del interés nacional (relaciones exteriores). Estas cinco teorías que conforman la doctrina del Absolutismo clásico, esto es, aquel que se desarrolla entre la Paz de Ausburgo (1555) y la Paz de Westfalia (1648), para diferenciarlo del Absolutismo ilustrado (Aufgeklärter Absolutismus) del siglo XVIII¹⁰.

El análisis del sistema absolutista europeo ha presentado algunas singularidades importantes en relación con las fuentes constitucionales de los respectivos sistemas políticos. En este sentido cabe hablar que uno de los logros mayores de la teoría del Absolutismo fue determinar positivamente las fuentes jurídicas constitucionales de las monarquías europeas. Esto contribuyó de un modo decisivo, finalmente, a la crisis del sistema absolutista, pues la concentración de poder que este sistema conlleva tendrá como consecuencia la crisis de legitimidad de la monarquía absolutista, cuando la revolución francesa, aunque el colapso final del Absolutismo, según el historiador francés R. Mousnier, se producirá sólo con la revolución rusa en 1917 que pone fin a la monarquía rusa autócrata¹¹.

⁸ Vs. *Constitución del Estado Vaticano*, 1929.

⁹ Vid. LEHMANN, H., *Absolutismus* (Mainz 1980); J. KUNISCH, *Absolutismus* (Göttingen 1986); HINRICH, H., *Absolutismus* (München 1988); H. DUCHHARDT, *Absolutismus* (München 1989); DREITZEL, H., *Absolutismus* (Mainz 1992).

¹⁰ Vid. VON ARETIN, K. O., *Der Aufgeklärter Absolutismus* (München 1982).

¹¹ Vs. MOUSNIER, R., *La Monarquía absolue dans Europe* (París 1982).

En breve, el Absolutismo constituyó el primer sistema político moderno que dio forma al Estado, sus instituciones y su derecho. Se trata de un proceso histórico de larga duración, donde hoy todavía perduran algunos elementos de aquella institucionalidad.

4. LA REFORMA POLÍTICA

Un tema de gran importancia en la historia de la teoría política, y a la cual no se ha prestado la suficiente atención, es el de la llamada Reforma Política¹². Se trata de un proceso sociológico que se desarrolla al interior del Protestantismo en el momento mismo de su origen, esto es, las implicancias político-jurídicas del movimiento reformador. Como se sabe, tanto Lutero como Calvino aparecen en la historia europea como reformadores religiosos, atentos a producir una verdadera renovación de las estructuras eclesiológicas de la Iglesia, teniendo presente el modelo de la Iglesia primitiva y de las primeras comunidades cristianas. Esta renovación entra rápidamente en pugna con la llamada Iglesia jerárquica católica romana, cuyo núcleo de autoridad está conformado por el Papado. Ahora bien, desde esta postura inicial, estrictamente eclesiológica, aparecen consecuencias políticas importantísimas para la teoría política moderna, a saber: la relación Iglesia-Estado, el principio de representación, la formulación de un discurso jurídico que dará origen a la doctrina de los llamados derechos fundamentales, la reformulación del derecho de resistencia como derecho de la comunidad frente a las prerrogativas del soberano, en palabras del jurista escandinavo A. Ross, que sintetizan adecuadamente el aporte de la Reforma Protestante al pensamiento político moderno, la contribución al desarrollo de la democracia moderna¹³.

El concepto de Reforma Política, los temas que esta abarca y su correspondiente periodificación es un tópico recién debatido por la historiografía. En todo caso cabe señalar que el núcleo de la Reforma política clásica, por llamarla de algún modo, y que se identifica con las obras de la llamada primera y segunda Reformas (s. XVI-XVII), podría extenderse hasta el siglo XX, especialmente con la formulación del discurso de la teología política protestante alemana. En este sentido, de aceptarse esta prolongación de la reforma política hasta el siglo XX, se podría comprobar la continuidad temática de los principales argumentos político-jurídicos postulados por los Padres de la Reforma. Especialmente fértil es el fortalecimiento de las instituciones por la actitud positiva de la Reforma de Lutero respecto al poder temporal.

¹² Vid. CARVAJAL, P., *Die Schule von Helmsted. Historia de la Reforma Político Jurídica*. Ensayo bibliográfico sobre el jurista alemán J. Althusius, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. 18. (Valparaíso 1996).

¹³ Vs. ROSS, A., *Porqué Democracia* (Madrid 1989).

5. LA HISTORIOGRAFÍA POLÍTICO-JURÍDICA MODERNA

Hasta hace poco el paradigma dominante en la investigación histórica moderna era el de la historiografía francesa de la Escuela de los Anales y de las Mentalidades. Sin desmerecer los importantísimos logros metodológicos de estos enfoques históricos, la historiografía político-jurídica no ocupó un lugar destacado en el quehacer de estas escuelas. Frente a esta dominancia, que en algún momento tuvo carácter arrogante, al señalar que la historiografía de las ideas políticas y jurídicas ya no tenía ningún significado, comienzan en cambio, a gestarse a mediados de la década de los 70, tanto en Inglaterra como en Alemania, tres nuevos modelos historiográficos: la Cambridge School, la *Geschichtliche Grundbegriffe* y la Escuela Historiográfica del derecho público. A estos últimos debemos agregar a la Escuela Institucional representada en Estados Unidos de América por Douglas C. North. Desde el punto de vista de la historiografía no se puede omitir la escuela de Mainz ya que su producción literaria y la profundidad de sus investigaciones avalan su importancia. Estas nuevas corrientes están representadas por Q. Skinner, R. Koselleck, M. Stolleis, D. North y O. v. Aretin. Los trabajos de estos estudiosos, que tienen una formación multidisciplinaria (ciencias políticas, filosofía, derecho), han contribuido de un modo importantísimo en el desarrollo de la historia del pensamiento político-jurídico, abarcando otras ramas del conocimiento como la teología y la economía.

El trabajo de Skinner se centra en el estudio de la teoría política del Renacimiento y de la Reforma. Constituye en este sentido una contribución destacada para una nueva interpretación del papel jugado tanto por Maquiavelo como por Lutero en el desarrollo de la teoría política moderna¹⁴.

Los trabajos de Koselleck se han centrado en el análisis semántico-histórico de los conceptos políticos fundamentales. Esta interpretación está ligada a la metodología de la filosofía del lenguaje, que busca interpretar-(hermenéutica)- la estructura del discurso político en el contexto histórico que fue formulado. Este trabajo ha sido sintetizado en el famoso *Diccionario de los Conceptos Históricos Fundamentales*¹⁵.

Los trabajos de Stolleis se centran en el desarrollo del derecho público y de la ciencia política alemana moderna, desde el siglo XVI al XX. Stolleis trabaja directamente con las fuentes, entre las cuales un número importante no había recibido jamás la atención de los especialistas. Este enfoque ciertamente nos lleva a replantear algunos capítulos de la historia del pensamiento político-jurídico moderno a la luz de estas nuevas indagaciones.

Los trabajos de Douglas C. North constituyen una verdadera novedad en cuanto recogen desde la economía los cambios operados en el derecho público me-

¹⁴ Vs. SKINNER, Quentin, *Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno*, (México 1993) 2 Vol.

¹⁵ Vs. BRUNNER, O.; CONZE, W.; KOSELLECK, R. (HRSG.), *Historisches Lexikon Zur Politisch-Sozialen Sprache In Deutschland* (Stuttgart 1972 – 1995) 7 Vols.

diante la inserción del mercado como un fenómeno que adquiere gran significado a partir de la transformación institucional propuesta por la Reforma.

Finalmente me referiré al aporte de la escuela de Mainz del Instituto para la Historia de Europa donde inicié mis publicaciones, en 1965, acerca de la Historia del Derecho Público alemán. Aquí encontramos las importantes figuras como Fritz Kern y su teoría sobre el Derecho de Resistencia en la época Bajo Medieval¹⁶. Joseph Lortz¹⁷ y Peter Manns¹⁸ y el impacto de Lutero en la Reforma hasta nuestros días. Posteriormente Ottmar von Aretin con sus estudios sobre el Reich alemán y las transformaciones originadas por la aparición de distintas confesiones al interior del Imperio. Aretin es un exponente de la historia de la Casa de Austria y su confesionalidad, la que constituye un paradigma de la Contra Reforma Católica liberal, opuesta a la española y al conservadurismo de los países católicos del sur de Europa. Actualmente Duchhardt propone el estudio de la situación constitucional alemana bajo el prisma del proceso histórico conocido como el Absolutismo Político.

REFORMA POLÍTICA Y ABSOLUTISMO POLÍTICO

Concepto de Soberanía en el Siglo XVI

Poder Soberano

Como se indicó antes, la soberanía es uno de los rasgos más importantes del Estado. La Soberanía territorial que fundamenta su funcionamiento en los atributos del poder político. Por esta razón iniciamos nuestro estudio en torno al análisis detallado de los derechos del poder soberano de acuerdo a la definición dada por Bodino en *Los seis Libros de la República* acerca de la soberanía; *la República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común con poder soberano*¹⁹. Bodino antepone en la obra mencionada esta definición, porque considera que es indispensable para toda explicación del concepto buscar el fin principal y sólo después los medios de alcanzarlo. En esta tesis encontramos el propósito global y completo de la obra de Bodino. Desde luego, queda nítidamente establecido que el fin principal de una República para conseguir un grado de perfección es el grado de felicidad que alcanzan los ciudadanos en ella.²⁰ Este objetivo se consigue mediante el gobier-

¹⁶ VS. KERN, F., *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im Früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie* (Darmstadt 1954).

¹⁷ VS. LORTZ, J., *Die Reformation In Deutschland* (Friburg 1962) 2 Vols.

¹⁸ VS. MANN, P., *Martin Luther. Der Unbekannte Reformator. Ein Lebensbild* (Friburg 1985).

¹⁹ VS. BODINO, *Les six livres de la République* (Lyon, 1577) 1.1. p.1. Para citar a Bodino, hemos utilizado la edición traducida por Pedro Bravo, del Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela (Caracas 1966). Cuando citamos esta edición original decimos BODINO *Rep.* 1.1. p. También hemos confrontado este texto con la edición francesa *Les six livres de la République* (París 1577). Además utilizamos para mejor comprensión de conceptos e ideas la edición latina *De republica libri sex.* (Franckfurt 1609), en este caso damos el párrafo en lugar de la página. BODINO, *De Republica* 1.1.1.

²⁰ VS. BODINO, *Rep.* (n. 19) *Ibid.*, p.109.

no recto apoyado por virtudes contemplativas, acciones políticas y provisiones necesarias para mantener y defender la vida de los súbditos²¹. Todo ello sobre la base a un ordenamiento político que asegura la paz y armonía entre los individuos.

El poder -nos dice Bodino- es absoluto y perpetuo porque no está sujeto a otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y lo que la ley natural manda²². En relación a lo expuesto, Bodino precisa que el Poder absoluto, sometido a las leyes divinas y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos, no es lo que propiamente distingue al príncipe soberano del súbdito común. Al contrario, puede suceder que un individuo esté dispensado y exento de todas las leyes, ordenanzas y costumbres de su República y no por eso será príncipe ni soberano. La característica del súbdito es quedar bajo la obediencia y sujeción de quienes detentan la soberanía. ¿En qué consiste, pues la soberanía absoluta?: *Es necesario -dice Bodino- que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otros y puedan dictar leyes, anularlas y enmendarlas; esta acción sólo no puede realizarla por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por ello, se dice que el príncipe soberano absoluto es aquél que está exento de la autoridad de las leyes.* Más aún, agrega que el príncipe soberano no puede estar obligado a sus propias normas y ordenanzas, por lo que se da a entender que las leyes del príncipe soberano, aunque se fundamentan en buenas y vivas razones, su vigencia sólo depende de su pura y verdadera voluntad²³. Así, el ca-

²¹ Vs. BODINO, Ibid. Vs. ERASMO, *Institutio Principis Christiani*, en: *Opera Omnia* T.4 (London 1962), p. 595. D.; Tb. T. HOBBS, *Leviathan o La materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil*. (Trad. Madrid 1996), Cap. 17, p.137. Finalmente LOCKE, John, en: *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*. (México, 1970), p. 205.

²² Vs. BODINO, Ibid. p. 146.

²³ Vs. GARCIA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1964), p. 388 ss. Vs. *Las siete partidas de Alfonso X el Sabio* de 4 volúmenes donde se incluye el índice y glosa confeccionados por el Licenciado Gregorio López de Tovar. Barcelona, 1843-1844), 2.1.1. El soberano no puede deshacer una norma que vaya en bien de todos. *Partidas*, 1.1.15. Respecto a esto, coincide Erasmo al sostener que el Estado es realmente feliz cuando se obedece al príncipe y éste obedece las leyes, Vid. ERASMO (n. 21). Vs. MAQUIAVELO, *El Príncipe* (Madrid, 1955), cap.18, p. 372. Sin embargo, Maquiavelo es muy cauteloso respecto a las leyes en general y recomienda no innovar mientras la razón de Estado no lo requiera. También es cuidadoso con la costumbre que recomienda no violentarla. MAQUIAVELO, *El Príncipe*, Ibid. cap. 5. p. 236 ss.; cap. 6, p.245. No obstante esta precisión, Maquiavelo se pronuncia en forma muy clara respecto al príncipe nuevo, quien no está obligado a obedecer sus propias leyes. MAQUIAVELO, *El Príncipe*, Ibid. cap. 5, p.236 ss. Hobbes, sin embargo, coincide con Bodino al aceptar la exención del príncipe de sus propias leyes. Es cierto que los soberanos están sujetos, todos ellos, a las leyes de naturaleza, porque tales leyes son divinas y no pueden ser abrogadas por ningún hombre o Estado. Pero el soberano no está sujeto a leyes formuladas por él mismo, es decir, por el Estado, porque estar sujetos a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, al representante soberano, que es él mismo; lo cual no es sujeción, sino libertad de las leyes. Este error que coloca las leyes por encima del soberano, sitúa también sobre él un juez, y un poder para castigarlo; ello equivale a hacer un nuevo soberano, y por la misma razón un tercero, para castigar al segundo, y así sucesivamente, sin tregua, hasta la confusión y disolución del Estado. HOBBS, *Leviathan* (n.21), cap. 29, p.266. Vs. Tb. ARNISAUS, *Doctrina Política*, passim.

rácter principal de la majestad soberana y del poder absoluto consiste en dar ley a los súbditos en general sin su consentimiento²⁴. Bodino reitera la necesidad que el soberano tenga las leyes bajo su poder para enmendarlas y cambiarlas según sus circunstancias, del mismo modo que el piloto tiene en sus manos el timón para dirigirlo a su discreción, pues de otro modo el navío naufragaría antes de que se pudiera consultar el parecer de los pasajeros²⁵.

Bodino no dimensiona cabalmente el principio jurídico actual que distingue claramente las diferencias que existen entre el poder constituyente originario, es decir, el pueblo, y el poder constituyente derivado, o sea, sus representantes o mandatarios. Tampoco logra fijar en la forma de un estatuto superior el marco jurídico constitucional como aquel poder facultativo Supremo del Estado, tal como lo entiende el constitucionalismo de nuestro tiempo.

Surge inmediatamente la cuestión de si el príncipe está igualmente por sobre las leyes tanto en el Estado Monárquico, en el Aristocrático como en el Estado Popular. De acuerdo al criterio de Bodino, en la Monarquía como en la Aristocracia, el Monarca y los Señores están separados del pueblo y de la plebe, respectivamente. De esto se desprende obviamente que hay dos partes en el Estado: aquel o aquellos que detentan la suprema soberanía y el pueblo. Por esto emerge la discu-

²⁴ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 1.8. p. 141.

²⁵ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19). Erasmo, en cambio, en su consideración de la ley, tiene un criterio social muy acentuado, y el párrafo siguiente nos recuerda mucho las observaciones que Tomás Moro en la *Utopía* hace sobre la ley. TH. MORO, *Utopía* en: *Utopías del Renacimiento* (México 1956), p.13 ss. Así, Erasmo, sostiene que No es ley, no siendo justa, ni equitativa ni es automáticamente ley lo que al príncipe plugo, sino lo que plugo al príncipe, bueno y sabio, a quien no place (otra) cosa que no sea honesta y saludable a la república. ERASMO, *Opera Omnia* (n. 21) p.595, F. Más adelante agrega, *miren las leyes en general que a ninguno se ocasione injuria, ni al pobre ni al rico, ni al noble ni al villano, ni al esclavo ni al libre, ni al funcionario público ni a la persona privada, empero, tiendan más al socorro de los menos pudientes, porque la fortuna de los humildes está más expuesta a los vejámenes. Aquello que la fortuna dejó desigual, iguálelo la humanidad de las leyes. Por esto castiguen con mayor celo al atropello del pobre que la ofensa del rico, al magistrado corrompido que al plebeyo pérfido, al patricio facineroso que al malhechor oscuro.* ERASMO, *Opera Omnia* (n. 21), p. 597. N. Maquiavelo, afirma, más adelante, que en caso de necesitar innovaciones, *sólo conservarán el poder aquellos príncipes que posean el poder suficiente como para forzar las voluntades... es necesario tomar disposiciones para obligar al pueblo a aceptar aquello mismo que empieza a no querer.* MAQUIAVELO, *El Príncipe* (n. 23), cap. 6, p. 245 ss. HOBBS coincide nuevamente con Bodino al anotar que es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes pueden disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman propiedad (del soberano). HOBBS, *Leviathan* (n. 21), cap.18, p.146. Para Locke, finalmente, el poder siempre queda sometido a ciertas restricciones. El poder soberano no es ni puede ser un poder absolutamente arbitrario sobre las vidas y los bienes de las personas. Además, agrega que: El poder del legislador llega únicamente hasta donde llega el bien común o público de la sociedad. Luego señala que el poder legislativo no puede transferir a otras manos el poder de hacer las leyes, ya que ese poder lo tiene únicamente por delegación del pueblo. LOCKE, *Tratado sobre el Gobierno Civil* (n. 21), p.135.

sión de los derechos de la soberanía y en manos de quién están. En el caso del Estado Popular el asunto se torna más difícil, ya que supone que la soberanía estaría depositada en su mayor parte en el pueblo y suponiendo que el príncipe o los señores que detentan el poder estuviesen obligados sólo a conservar las leyes y no pudiesen dictar ley sin la aprobación del pueblo o del senado, tampoco anular legítimamente las leyes sin el consentimiento del uno y del otro, menos aún si se considera que el pueblo constituye un solo cuerpo y no se puede obligar a sí mismo, es fácil, por lo tanto, concluir que difícilmente podrá existir semejante Estado²⁶. Bodino, sin embargo, reconoce que el pueblo romano prestaba juramento de guardar las leyes, pero con la salvedad necesaria propuesta por nuestro autor, que establece que en el caso del senado romano el juramento prestado por cada uno de los ciudadanos en particular, no lo hubieran podido hacer sin caer en una contradicción, si se tiene en cuenta que el juramento sólo puede prestarse del menor al mayor²⁷. A propósito de esta inconveniencia del Estado Popular, nuestro autor intenta elevar a la Monarquía a una categoría de gobierno perfeccionado, pues para el caso del juramento, cada uno en particular y todo el pueblo en corporación, deben jurar observar las leyes y prestar juramento de fidelidad al Monarca soberano, el cual sólo debe juramento a Dios, de quien recibe el cetro y el poder. Bodino no es partidario del juramento del Príncipe de guardar las leyes y costumbres del país y concluye que la necesidad de obligar por medio de juramento aniquila y degrada la majestad soberana. Aún más, puntualiza que el monarca soberano, al ver que se le roba lo que le es propio y se quiere someter a sus leyes, no sólo termina por eximirse de las leyes civiles, sino también de las de Dios y de las naturales, considerando a todas por igual²⁸.

1. Capacidad positiva de Legislar

A continuación indicaremos lo que Bodino y sus contemporáneos consideran los atributos más distintivos del poder absoluto. En primer lugar, sostiene, que quienes son soberanos no están sometidos de ningún modo al imperio de otros. En segundo lugar, el soberano puede dar ley a los súbditos y anular o enmendar las mismas. En tercer lugar, el soberano está exento de las leyes de sus predecesores y, finalmente, todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes divinas y naturales y no tienen poder para contravenirlas. Estos son, en términos generales, las limitaciones del poder absoluto del príncipe soberano²⁹.

²⁶ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 1.8.p. 152.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Es interesante anotar lo que Hobbes señala sobre los derechos que posee la soberanía o quien detenta el poder soberano. Es necesario puntualizar que las atribuciones del poder soberano propuesta por ese autor abarca totalmente la vida política del ciudadano y aún incursiona en lo privado. Hobbes comienza señalando taxativamente que los súbditos no son competentes para determinar la forma de manejo del gobierno político y no pueden cambiar su forma. 1.

2. Soberanía, poder soberano y Estado

Antes de explicar el Derecho de Dictar Leyes, el creador del concepto de soberanía exalta previamente el significado político de la existencia de un poder soberano. Puesto que, después de Dios, -nos dice Bodino- nada hay de mayor sobre la tierra que los príncipes soberanos instituidos por él como sus lugartenientes para mandar a los demás hombres, advierte que es necesario prestar atención a sus condiciones, ya que quien menosprecia a su príncipe soberano menosprecia a Dios, del cual es su imagen sobre la tierra³⁰.

La razón por la cual Bodino sitúa a la persona del príncipe soberano en una posición tan elevada en relación con los demás miembros de la sociedad se debe a su intención casi pedagógico-política, de entregar al lector los instrumentos necesarios para comprender los verdaderos atributos de la soberanía. La intención de Bodino no es otorgarle a un solo hombre o a muchos hombres tales beneficios para luego dispensarlos por la vía de la adulación o por la vía del temor de los actos de gobierno que le corresponderían a una persona o grupo de personas con rasgos tan sublimes, como son los propuestos por el texto que antecede y define al poder soberano. Por esta razón, Bodino abandona el acostumbrado barroquismo de su época para ubicar al lector en la cuestión central que interesa por sobre todo. A fin de que pueda reconocer quién es tal *princips* soberano, es necesario conocer aquellos atributos que, según Bodino, no comparte con los súbditos, puesto que si se tratase de atributos comunes, no podría hablarse de príncipe soberano³¹. Bodino

Los súbditos no pueden cambiar de forma de gobierno. 2. El poder soberano no puede ser enajenado. 3. Nadie sin injusticia puede protestar contra la institución del soberano por mayoría. 4. Los actos del soberano no pueden ser, con justicia, acusados por el súbdito. 5. Nada que haga un soberano puede ser castigado por el súbdito. 6. El soberano es juez de lo que es necesario para la paz y la defensa de sus súbditos. 7. Y juez respecto de qué doctrinas son adecuadas para su enseñanza. 8. El derecho de establecer normas, en virtud de otro súbdito puede arrebatarse sin injusticia. 9. También le corresponde el derecho de judicatura y la decisión de las controversias. 10. Y de hacer la guerra y la paz, como consideren más conveniente. 11. Y de escoger todos los consejeros y ministros, tanto en la guerra como en la paz. 12. Y de recompensar y castigar; y esto (cuando ninguna ley anterior ha determinado la medida de ello) arbitrariamente. HOBBS, *Leviathan* (n. 21), cap.18, p.142-149.

³⁰ Vs. BODINO, *Rep.* 1.10 p. 166.

³¹ Para Hobbes es indiferente quién dicte la ley, sólo le interesa precisar quién posee el poder soberano: El legislador en todos los Estados es sólo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque el legislador es el que hace la ley, y el Estado sólo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos leyes, por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni por su representante (es decir, por el soberano) y, por tanto el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución. HOBBS, *Leviathan* (n. 21), cap.26, p.218. Para Locke la situación es distinta, pues el derecho de dictar leyes no lo detenta una persona: El poder legislativo suele ponerse en manos de varias personas, éstas, debida-

recurre a Aristóteles³² para analizar el funcionamiento de la República y las partes que la componen puesto que ya este autor describe los *iura maiestatis* en su obra clásica *La Política*. Así, Aristóteles distingue una parte muy importante para tomar parecer y consejo, otra para instituir los oficiales y determinar las funciones de cada uno y la tercera para dictar justicia. De acuerdo a esta división podemos percibir una funcionalidad interna de la República que sugiere aquello que los autores actuales denominarán los poderes del Estado. Bodino interpreta esta división e indica que *cuando Aristóteles habla de partes de la República, puede suponerse que ha querido referirse a los derechos de la majestad*. En esta afirmación de Bodino podemos encontrar el concepto moderno de soberanía, basado en el principio de la división de los derechos de la majestad. Según Bodino, ni Polibio ni Dionisio³³, lograron formular con claridad y nitidez esta doctrina jurídica, aunque sus escritos permiten desprender la vigencia de los derechos de la majestad. En todo caso resulta evidente que cuando Bodino se refiere a los verdaderos atributos de la majestad o soberanía, formula la equivalencia de estos atributos con los derechos de la majestad. A partir de esta afirmación es posible comprender en forma sistemática la teoría político-jurídica luterana del siglo XVII, pues la distribución del poder y su funcionalidad dependerá precisamente de la forma en que estén distribuidos los derechos de la majestad en los autores, como en la institucionalidad político-jurídica del Estado absolutista³⁴. Esta doctrina la sistematizan fundamentalmente Arnisaeus, Alstedt y finalmente Hobbes y muchos otros autores.

La teoría de los derechos de la majestad propuesta por Bodino provocó, a fines del siglo XVI y comienzos del XVII, una polémica enconada y fecunda como la que suscitó su definición sobre la soberanía. La doctrina de los derechos de la majestad la fundamenta, como lo hemos sostenido, en autores clásicos tales como Aristóteles, Polibio y Dionisio, pero, incluso los autores antes mencionados también buscan fundamentar esta doctrina en la teoría de las regalías ya que, de acuerdo al derecho Franco y Lombardo, los atributos de la majestad se dividen en regalías mayores y menores³⁵. El derecho Franco y el Lombardo están fuertemente vinculados con el tardío derecho germánico, diferenciándose este último al aceptar, para los efectos jurídicos y políticos, la división de la sociedad en estamentos, reservando cada uno de ellos una función determinada en la sociedad: Por lo tanto, se pretendió dar una imagen de soberanía compartida o, mejor dicho, dividida para su funcionamiento, según el número de estamentos. Sin embargo, la idea de

mente reunidas, tienen por sí mismas, o conjuntamente con otras, el poder de hacer leyes, y una vez promulgadas éstas, se separan los legisladores estando ellos mismos sujetos a ellas. LOCKE, *Tratado* (n. 21), cap.12, p.143.

³² Vs. ARISTOTELES, *La Política* (Madrid 1956), 1298 a.

³³ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 1.10. p.167

³⁴ A fin de que se reconozca quién es tal príncipe soberano, es necesario conocer los atributos que no comparte con los súbditos. BODINO, *Ibid* p.166.

³⁵ Vid FABRICIUS, K., *Kongeloven. Dens tilblivelse og plads i samtidens naturog arveretlige udvikling.* (Kobenhavn 1920).

la división de la soberanía compartida es rechazada en primer lugar por el propio Bodino. De acuerdo a su definición, *la soberanía es una e indivisible*³⁶. Por esta razón, Bodino rechaza la validez del tratado del rey Carlos V y el rey de Navarra donde se acepta una cesión personal de territorios. Bodino rechaza este argumento a partir del principio que establece que los derechos soberanos son indivisibles, inalienables y no pueden prescribir ni siquiera bajo la promesa de ningún tratado, aunque hecho personalmente por un monarca. La necesidad de una consistencia definitiva para este argumento es tan necesaria para Bodino, que recurre a cuanta cita y autoridad puedan favorecerle; entre ellos a Bartolo Saxoferrato, a los hermanos Pedro y Angel Baldus y, especialmente, a Carolo Molinaeus y otras autoridades contemporáneas a Bodino³⁷.

Bodino concluye que los atributos de la soberanía deben ser tales que sólo convengan al príncipe soberano, puesto que si son transferibles a modo personal, no puede decirse que sean atributos de la soberanía. En el caso, que aún el respaldo de los autores no fuera suficiente, recurre Bodino a una serie de símbolos y analogías para darle mayor solidez al criterio de unidad e indivisibilidad de la soberanía. De este modo, por ejemplo, propone que una cosa material como la corona pierde su nombre si es abierta y se le arrancan sus florones; también la soberanía pierde su grandeza si en ella se practica una abertura para usurpar algunas de sus propiedades. Más aún, al igual que el gran Dios soberano no puede crear otro Dios semejante, ya que siendo infinito no puede, por demostración necesaria, hacer que haya dos cosas infinitas, del mismo modo *el príncipe que hemos puesto como imagen de Dios no puede hacer de un súbdito un igual sin que su poder desaparezca*³⁸. Es tal la calidad de la soberanía que ésta no puede ser compartida con nadie ni con nada. Sin embargo podemos vislumbrar ciertas contradicciones. Por ejemplo, Bodino afirma que no es atributo exclusivo del soberano hacer justicia, porque es un derecho común de todos los hombres hacer justicia, lo mismo al príncipe y al súbdito y lo mismo ocurre con la distribución de penas y recompensas. Asimismo, no constituye un atributo exclusivo del poder soberano pedir consejo sobre los asuntos de Estado, función que es propia también del consejo privado o del senado de una república, *lequel est tousiours divisé de cély qui est souverain*³⁹. Estos elementos confusos hicieron la teoría de la soberanía de Bodino difícil de comprender para muchos de sus seguidores. De este modo existen algunos que proponen, por una parte, la doble soberanía mediante la distinción entre soberanía real y soberanía personal. En el caso de la doble soberanía el pueblo la posee realmente y el príncipe personalmente, que-

³⁶ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 1,11. p.192. Igualmente para Hobbes los derechos son indivisibles y no pueden ser cedidos sin renuncia directa del poder soberano. HOBBS, *Leviathan* (n. 21) cap. 18. p.148-150.

³⁷ Vs. BODINO, *République*, 1.11, p. 192.

³⁸ Vs. BODINO, *Ibid.* Recuérdese la polémica de la doble soberanía que pretende justificar simultáneamente el poder del Emperador y el de los príncipes territoriales.

³⁹ Vs. BODINO, *Ibid.*

dando en manos del pueblo aquellos atributos que Bodino excluye del soberano. Sin embargo, esta posición no tuvo aceptación general teniendo éxito la división de los derechos de la majestad en mayores y menores. De este modo, se establece que los derechos mayores en ningún caso pasan a manos de los súbditos⁴⁰; los menores pueden ser portados por el pueblo⁴¹. Siendo así, resultó más adecuada la proposición de la división de los derechos de la majestad en dos categorías diferentes antes mencionadas; sin por ello recurrir a la división de la noción de soberanía, la cual permanece una e indivisible⁴².

3. Institucionalidad: Los Derechos de la Majestad

Si tomamos el pensamiento central de la publicística del siglo XVII resulta aún más evidente que la teoría elaborada por Bodino acerca de los derechos de la majestad constituye un sistema esencial para la interpretación global de la obra de Henning Arnisaeus *De Jure Majestatis* (1610). Así como el derecho a dictar leyes es la columna vertebral del pensamiento bodinoiano también lo es para la patristica de la publicística alemana y, por supuesto, constituye el resorte básico del Estado Moderno para que éste se transforme en un eficaz medio de gobernar, centralizar y fijar la vida global del Estado. Esta acentuada tecnificación del Estado mediante el hábil y eficaz manejo de la ley por parte de los gobernantes es muy evidente en la obra de Bodino. Nuestro autor expresa textualmente este pensamiento mediante dos ideas importantísimas. La primera se refiere al atributo del príncipe soberano de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. Aquí Bodino precisa que éste es el primer atributo del príncipe soberano⁴³. Con esto no se dice bastante, sino que es preciso añadir: sin el consentimiento de superior, igual o inferior. Pues, si el rey no puede hacer ley sin el consentimiento de un superior a él es súbdito; si tiene un asociado, no es soberano. En segundo lugar, Bodino establece que bajo este mismo poder de dar y anular la ley están comprendidos todos los demás derechos de la soberanía. De este modo, *hablando en propiedad puede decirse que en esencia sólo existe este atributo de la soberanía*. Todos los demás derechos están comprendidos en él⁴⁴. Nuestro autor enumera en forma circunstan-

⁴⁰ Vs. ANISAEUS, *De Jure Majestatis libri tres. Opera omnia Política* (Strassburg 1648), 2.1. p.172.

⁴¹ Vs. ARNISAESUS, *Ibid.*

⁴² Vs. ARNISAESUS, *De Jure* (n. 40) *Idem.* Habla de indivisa. HUESBE LLANOS, *La Recepción del pensamiento político-jurídico de Juan Bodino en: Autores alemanes de comienzos del siglo XVII en: REHJ. 2* (Valparaíso 1977) p. 201. Este criterio acerca de los derechos de la majestad como posibilidad de ser considerado una teoría del poder en la época del absolutismo, no ha sido aún sostenido por la literatura. Este extenso tratado *De Jure Majestatis*, se compone de tres materias: el primer libro trata sobre la esencia de la soberanía; el segundo aborda la cuestión de los derechos mayores de la Majestad y el tercero de los menores.

⁴³ Vs. BODINO, *Rep.* 1.9. p.168.

⁴⁴ Vs. BODINO, *Ibid.* p. 169. Las Siete Partidas, respondiendo a la pregunta quién puede hacer las leyes, dice: *Puede hacerlas el Rey para sus súbditos y ningún otro sin autorización de él;*

ciada los siguientes atributos de la soberanía: 1. declarar la guerra o hacer la paz, 2. conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados, 3. instituir y destituir los oficiales más importantes, 4. gravar o eximir a los súbditos con cargas o subsidios, 5. otorgar gracias y dispensas contra el rigor de las leyes, 6. elevar o disminuir la ley, el valor o tasa de las monedas y, finalmente, 7. hacer jurar los súbditos y hombres ligios, sin excepción, fidelidad a quien deben juramento. Bodino, en buenas cuentas, admite que el vocablo ley es general y, por conveniencia, declara que es necesario especificar esta facultad privativa a través de los derechos de la soberanía⁴⁵.

En los autores posteriores a Bodino aparecen estos derechos en distinto orden y, más o menos, claramente delimitados. Además, la importancia de cada atributo, uno respecto de los otros no queda relativizado en función de su prioridad al enunciar cada uno de los derechos⁴⁶.

No se puede concluir esta enumeración de derechos propuestos por Bodino, sin resaltar que el derecho del soberano a intervenir en los asuntos religiosos está totalmente ausente a pesar de la fuerte gravitación que poseía el problema confesional en el momento en que fueron escritos en francés *Los Seis Libros de la República* en 1576. Este asunto es tratado por H. Arnisaeus en *De Jure* en más de

las que no fuesen dictadas de este modo, no tienen fuerza. PARTIDAS (n. 23), 1.1.12. Por esta razón, el príncipe debe tener siempre presente el nombre de Dios, la Justicia y el Bien Común. PARTIDAS. (n. 23) 1.1.11. Resulta claro que el príncipe puede por sí solo dictar leyes, pero que debe hacerse aconsejar de hombres sabios que mediten adecuadamente cada una de las leyes. PARTIDAS. (n. 23) 1.1.9. Maquiavelo sostiene que *si los soberanos quieren que su poder sea duradero, deben construirlo sobre sólidos cimientos: las buenas leyes y los buenos ejércitos.* En cambio, cuando las leyes satisfacen intereses particulares o de grupos, van en desmedro del poder del Estado. MAQUIAVELO, *El Príncipe* (n. 23), Cap.12, p.306 s. Hobbes insiste que la ley debe ser promulgada por el poder soberano, pues eso la convierte en ley, *tampoco basta que la ley sea escrita y publicada, sino que han de existir, también, signos manifiestos de que procede de la voluntad del soberano. En efecto, cuando los hombres privados tienen o piensan tener fuerzas bastante para realizar sus injustos designios, o perseguir sin peligro sus ambiciosos fines, pueden publicar como leyes lo que les plazca sin autoridad legislativa, o en contra de ella. Se requiere, por consiguiente, no sólo la declaración de la ley, sino la existencia de signos suficientes del autor y de la autoridad.* ARNISAEUS, *De Jure Majestatis*, Libri III, Frankfurt 1610. Al respecto todos los libros de esta extensísima obra. HOBBS, *Leviathan*, Lib. II, Cap. 18 (n. 21) suscribe totalmente la propuesta de H. Arnisaeus. HOBBS, *Leviathan*, (n. 21) cap.26, pp. 223-224. Para Locke es fundamental no sólo el procedimiento de la elaboración de ley, sino que insiste en su carácter justo. Allí donde acaba la ley empieza la tiranía, si se falta a la ley en daño de otro. LOCKE, *Tratado*, (n. 21) cap. 18, p. 202.

⁴⁵ Vs. BODINO, *Rep.* 1.9. p. 170.

⁴⁶ Sin embargo, este modelo de interpretación y análisis del Estado por parte de los juristas del siglo XVII es aceptado como una contribución de Bodino al estudio de la política y al esclarecimiento de las materias atinentes. Así, O. CASMANNUS, J.H. ALSTEDIUS, BUSIUS, D. COVARRUBIAS, F. VÁSQUEZ, P. H. HOENENIUS, M. BORTIUS, H. ARNISAEUS, J. ALTHUSIUS, y otros que escriben tratados sobre los derechos de la Majestad. Vid. HUESBE LLANOS, *La Recepción* (n. 40), p.191, n.11.

200 páginas el año 1610. Antes que señalado en su *Doctrina Política* y luego en su obra *De Subjectione et exemptione*, y finalmente *De autoritate principum in populum semper inviolabili* (1612) conformando una doctrina sobre esta materia⁴⁷.

4. Soberano y Ley

El término latino de *ley*⁴⁸ dice Bodino, implica el mandato de quien tiene la soberanía. Así, según la tradición jurídica vigente en Francia, en todas las ordenanzas y edictos se añadía la siguiente cláusula: *no obstante, todos los edictos y ordenanzas los cuales hemos derogado y derogamos por las presentes y la derogatoria de las derogatorias*⁴⁹. Esta cláusula se agregaba siempre en las leyes antiguas, aunque la ley hubiese sido publicada por el príncipe actual o por su predecesor. No hay duda -agrega Bodino- que las leyes, ordenanzas, patentes, privilegios y concesiones de los príncipes sólo tienen fuerza durante su vida, a menos que sean ratificados por consentimiento expreso o tácito por el príncipe que tiene conocimiento de ellos⁵⁰. Esta es la doctrina respecto a las leyes del predecesor. Mucho menos está sometido a sus propias leyes y ordenanzas, como se ha indicado también anteriormente. ¿Está sujeto el príncipe a las leyes del país que él ha jurado guardar? En este aspecto los juristas iusnaturalistas de la época anterior a Bodino han precisado la doctrina en tal grado que resulta muy difícil superar la situación propuesta por ellos. El principio básico de los juristas iusnaturalistas respecto a las obligaciones contractuales, sea de orden práctico como de carácter jurídico o político, señala que los pactos han de ser cumplidos. Bodino no modifica este criterio y mantiene la idea que si el príncipe promete a otro príncipe guardar las leyes promulgadas por él mismo o sus predecesores está obligado a hacerlo, incluso, aunque no hubiese existido juramento. Lo mismo sostiene de la promesa hecha por el príncipe soberano al súbdito antes de ser elegido. Esto no significa que el príncipe queda obligado a las leyes o a las promesas de sus predecesores, pero sí a las justas conveniencias y promesas que ha realizado, con o sin juramento, como estaría obligado cualquier particular⁵¹. Así concluye Bodino, *nuestra máxima sigue siendo válida: el príncipe no está sujeto a sus leyes ni a las leyes de*

⁴⁷ Vs. HUESBE LLANOS, M., *H. Arnisaeus. Untersuchungen zum Einfluss der Schule von Salamanca auf das lutherische Staatsdenken* (Mainz 1965). Tb. del mismo *Historia de las Ideas Políticas en el Estado Moderno*, Valparaíso 1996, pp. 152-170. Del mismo autor: *Institucionalización del Estado Moderno. Teoría de los "iura majestatis"*, Valparaíso 1999, pp. 323-355.

⁴⁸ El Código Civil chileno define *ley* como *una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite*. A su vez, *ley* proviene del término latino *lex* que deriva de *legere* que puede traducirse como ligar u obligar.

⁴⁹ Vs. BODINO, *Rep.* 1.8. p. 147.

⁵⁰ Vs. BODINO, *Idem*.

⁵¹ Vs. BODINO, *Ibid.* p. 148.

*sus predecesores, sino a sus convenciones justas y razonables y en cuya observancia los súbditos, en general o en particular, están interesados*⁵². Más aún, se equivocan quienes confunden las leyes y los contratos del príncipe con las leyes pactadas. Según Bodino, se denomina ley pactada a una ordenanza dictada por el rey a petición de las Cortes y a cambio recibe dinero o algún subsidio. La ley pactada puede ser derogada por el príncipe cuando cesa la causa de la ley⁵³. Por último, el príncipe puede derogar cualquiera ley que ha prometido jurar o guardar si la justicia de ella cesa⁵⁴. Pero si no hay causa justa para anular la ley que prometió mantener el príncipe, no puede ni debe ir contra ella. El juramento de los reyes de Francia se expresa de la siguiente manera: *juro en nombre de Dios Todopoderoso y prometo gobernar bien y como es debido a los súbditos confiados a mi custodia y con todo mi poder hacer juicio, justicia y misericordia*⁵⁵. Puede verse que no existe ninguna obligación de guardar las leyes siempre que el derecho y la justicia lo consientan. En términos concretos, queda de manifiesto, en forma evidente, que el príncipe es el autor de la ley, pero no puede alterar para nada el derecho que concuerda con la justicia.

5. Ley, Privilegios y Costumbres

Privilegios

Cuando se habla de la ley es necesario referirse al privilegio, ya que éste constituye la otra cara de la moneda porque aquel que tiene derecho a otorgar la ley también tiene poder para dispensar. Bodino aborda el derecho de dictar leyes inmediatamente junto con el derecho de otorgar privilegios. *Llamo privilegio -dice Bodino- una ley hecha para uno o algunos en particular, ya sea en beneficio o en perjuicio de aquel a quien se otorga*⁵⁶. En lo que están de acuerdo todos los que han tratado de las regalías del soberano es considerar que sólo a éste le corresponde otorgar privilegios, exenciones e inmunidades, así como la dispensa de los edictos y ordenanzas.

⁵² Vs. BODINO, *Idem*.

⁵³ Vs. BODINO, *Idem*. Es interesante presentar aquí las razones que Locke da para la disolución del gobierno en relación con el pacto. Señala en primer lugar que esto puede ocurrir por incumplimiento del pacto entre el gobernado y el gobernador. También puede ser entre el poder legislativo, quien dicte leyes contrarias al pacto que estableció dicha sociedad. LOCKE, *Tratado* (n. 21), cap. 19. pp. 216 ss. En segundo lugar, la autoridad suprema o poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; está, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos. LOCKE, *Tratado*, (n. 21) Cap. 11. p. 136. Principio ya establecido en la *Charta Magna* de Juan “Sin Tierra” otorgada en 1215. Vs. Tb. *Frieden Durch Recht, Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806* editado por Ingrid SCHEUERMANN (Mainz 1994) pp. 35– 221.

⁵⁴ Vs. BODINO, *Rep.* 1.8. p. 149.

⁵⁵ Vs. BODINO, *Ibid* p. 150.

⁵⁶ Vs. BODINO, *Rep.* 1.10. p. 169.

Ley y Costumbres

Finalmente, conviene hacer distinción entre la ley y la costumbre. Podrá decirse que el príncipe y los magistrados tienen el poder de hacer edictos y ordenanzas, cada uno según su poder y competencia, pero los particulares hacen la costumbre tanto en general como en particular⁵⁷. Bodino admite que la costumbre tiene menos poder que la ley y, si el príncipe soberano es señor de la ley, los particulares son señores de las costumbres. Bodino precisa que la costumbre adquiere su fuerza poco a poco y por el consentimiento común durante largos años. De acuerdo a la doctrina jurídica, la costumbre se compone de dos elementos: la repetición constante y uniforme de una conducta, y la *opinio juris*, esto es, el convencimiento de que esa conducta es jurídicamente obligatoria. Por el contrario, la ley se hace en un instante y toma su fuerza de aquel que tiene el poder de mandar a todos. La costumbre fluye dulcemente y sin compulsión, la ley es ordenada y promulgada por un acto de poder, y muy a menudo, no del agrado de los súbditos. Por esta razón se asemeja la costumbre al rey y la ley al tirano. Además, la ley puede anular la costumbre pero ésta no puede derogar la ley. La costumbre no conlleva ni recompensa ni pena; la ley conlleva siempre recompensa o pena, a no ser que se trate de una ley permisiva⁵⁸. La costumbre sólo tiene fuerza por tolerancia y en tanto que place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación. Bodino procura colocar la costumbre bajo la jurisdicción del príncipe mediante su aceptación por su tolerancia y homologación por la ley. En consecuencia, toda la fuerza de las leyes civiles y costumbres residen en el poder del príncipe soberano. De estas dos situaciones se desprende la facultad del príncipe para interpretar y enmendar la ley o la costumbre cuando éstas llegan a ser tan oscuras que los magistrados descubren contradicción y el pueblo consecuencias absurdas e intolerables respecto a ellas⁵⁹.

6. Límites del Absolutismo

En cuanto a las leyes que atañen al Estado y fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por estar incorporadas a la corona, como es la *lex sálica*. Si lo hace, el sucesor podrá siempre anular todo lo que pudiera haber hecho en perjuicio de la *lex regia*, sobre los cuales se apoya y se funda la majestad soberana⁶⁰. En este particular entramos derechamente en el principio básico del Estado constitucional moderno que procura conservar invariables y puras las leyes fundamentales del Estado. En el texto encontramos la posición de Bodino respecto a la *lex regia* o ley fundamental del reino aun cuando en el texto mismo el tratamiento de este tema está vinculado con el concepto de poder absoluto del soberano. No cabe

⁵⁷ Vs. BODINO, *Idem*.

⁵⁸ Vs. BODINO, *Idem*.

⁵⁹ Vs. BODINO, *Idem*.

⁶⁰ Vs. BODINO, *Rep.* 1.8. p. 150.

duda que Bodino lo hace precisamente para fijar el alcance de este poder. En este punto la posición de Bodino es tan clara que son muy pocas o nada las argumentaciones nuevas que podría traer en favor de la Constitución fundamental del reino. Por el contrario, esta idea se afirma y solidifica más aún en los ejemplos que a continuación en forma lata señalan: *Por lo que se refiere a las costumbres, generales o particulares, que no atañen a la fundación del reino, se ha observado la costumbre de no alterarlas sino después de haber reunido, según las formas prescritas, a los tres Estados de Francia, en general, o de cada bailiazgo en particular.* En cualquier caso, el rey no debiera conformarse a su consejo, pudiendo hacer lo contrario de lo que se pide, si la razón natural y la justicia de su designio le asisten. Precisamente, la grandeza y majestad de un auténtico príncipe soberano se ponen de manifiesto cuando, reunidos en asambleas, los Estados de todo el pueblo dirigen humildemente demandas y peticiones a su príncipe y sin poder de mando y decisión, ni voz deliberante, aceptan por ley, edicto u ordenanza, todo lo que el rey se sirve consentir o rechazar, mandar o prohibir⁶¹.

Respecto a los estamentos o Estados, el príncipe soberano sometido a ellos no sería ni príncipe ni soberano y, por consecuencia, la República no sería ni reino ni monarquía. Para precisar en forma más concreta, Bodino acude a la situación de Reino de Inglaterra, donde los estamentos se reúnen cada tres años y los Estados gozan de mayor libertad que en la Europa continental⁶², pero en realidad sólo proceden mediante peticiones y súplicas y los Estados no tenían poder alguno para decretar, mandar y disponer y aún más, no pueden reunirse o separarse sin mandato expreso del soberano. De acuerdo a Bodino, el supuesto poder que gozan los demás reyes respecto al de Inglaterra en relación al derecho de levantar a su arbitrio impuestos sobre su pueblo o apoderarse de los bienes ajenos no es efectivo, puesto que no es mayor que el de Inglaterra. Nuevamente nos encontramos frente a una afirmación categórica que induce a reflexionar si realmente el poder absoluto de los príncipes, de acuerdo a la teoría del poder planteada por Bodino, no tenía más limitaciones que extralimitaciones. Bodino sostiene taxativamente *que ningún príncipe del mundo tiene poder para levantar a su arbitrio impuestos sobre su pueblo ni para apoderarse de los bienes ajenos.* Solamente puede hacerlo en caso de extrema necesidad y siempre que dependa de ello la salvación de la República. La *utilitas republicae* (razón de Estado) depende de la previsión y diligencia del príncipe prudente⁶³. La soberanía del monarca en nada se altera o disminuye por la presencia de los Estados; por el contrario, su majestad se engrandece y enriquece cuando todo el pueblo lo reconoce como soberano.

⁶¹ Vs. BODINO, *Ibid* p. 151.

⁶² Desde luego, Bodino pretende que esta conducta de los ingleses se debe a su carácter septentrional, de acuerdo a su teoría que supone que los climas influyen en la conducta política de los pueblos.

⁶³ Vs. BODINO, *Rep.* 1.8. p. 151.

7. Absolutismo Jurídico

El pensamiento absolutista jurídico-político de Bodino desde el punto de vista de la sistematización de los derechos de la majestad tiene una amplia difusión entre los autores juristas europeos de fines del siglo XVI y comienzos del XVII. En Francia, la recepción se produce especialmente mediante la aplicación de sus ideas en la organización del Estado moderno francés y, con menos evidencia, en los tratadistas juristas franceses propiamente tales. Sin embargo, no se puede desconocer la importancia de la obra de Gregorio Tolosano, quien publica su libro *De Republica*, diez años después de la aparición de la República de Bodino⁶⁴. Tolosano no es un innovador respecto a Bodino, sino que a él le corresponde el mérito de haber sistematizado la teoría de los derechos de la majestad convirtiéndola en una doctrina de fácil comprensión para los juristas que salieron de la escuela de Toulouse a fines del siglo XVI⁶⁵. El mérito de Tolosano consiste, precisamente, en haber reconocido la importancia de los argumentos propuestos por Bodino y haber publicado en latín emprendiendo su difusión en el medio francés tan difícil, tanto en los obispos comprometidos con prebendas gubernamentales, como por la acentuada carga partidista motivada por las guerras de religión y por la crisis aguda que sufre la monarquía hasta el impacto de 1610 con el asesinato de Enrique IV, víctima de un fanático tiranicida. Este asesinato provocó en la nación francesa uno de los cambios más importantes en la historia moderna, aunque aparentemente fue uno de los menos espectaculares. La obra de Bodino, la difusión de sus ideas por Gregorio Tolosano y la muerte de Enrique IV provoca en la monarquía francesa un proceso de consolidación del poder absoluto del monarca, que culmina con Luis XIV y podemos precisar que, desde un punto de vista histórico, el absolutismo jurídico propiamente tal tiene vigencia en Francia desde 1610 hasta la catástrofe de 1715, como resultado de la pérdida de la mesura, prudencia y ponderación que sufre el reino francés con Luis XIV.

La teoría de Bodino también es recogida por autores alemanes y nórdicos, todos ellos protestantes, especialmente por los seguidores de H. Arnisaeus⁶⁶, tales como Altstedt⁶⁷, C. B. Besold⁶⁸, J. Bornisius⁶⁹, D. Reinking⁷⁰, T. Hobbes, H. Grotius,

⁶⁴ Vs. Gregorio TOLOSANO (1540-1591). *De Republica*, 1586. Tb. Theodoro BEZA, escribió a los dos años de la publicación del escrito de Bodino un interesante tratado que confronta el pensamiento de éste en forma polémica: TH. BEZA, *De Jure Magistratum in subditos et officio subditorum erga magistratus*, Vid. HUESBE LLANOS, *La Recepción* (n. 42), p.190-191-194.

⁶⁵ Vid. HUESBE LLANOS, *La Recepción* (n. 42), p.190-191-194.

⁶⁶ Vid. HUESBE LLANOS, *La Recepción* (n. 42), Ibid.

⁶⁷ Vs. ALTHUSIUS, J., *Politica methodice digesta* (Herborn 1603). Tb. ALSTEDIUS, *De statu Rerumpublicarum* (Herborn 1612).

⁶⁸ Vs. C. B. BESOLD, *De Statu Republicae mixtae, in Politicorum libro duo* (1618).

⁶⁹ Vs. BORNISIUS, J., *De majestate politica* (Leipzig 1610).

⁷⁰ Vs. REINKING, G., *Tractatus de regimine saeculari et ecclesiastico* (Giessen 1619).

H. Ernst⁷¹, H. Wandal⁷², y otros⁷³. Estos autores se pronuncian con relación a Bodino en forma diferente con respecto a matices. Son tres las diferencias más importantes que podemos percibir en estos autores:

1. Hacen una distinción muy clara entre los derechos de la majestad mayores y los derechos de la majestad menores. Distinción tomada, tal como lo hemos dicho, del derecho franco y lombardo, a partir de la teoría de las regalías.

2. Insisten con gran énfasis en el principio que los derechos de la majestad mayores no deben pasar a manos del pueblo. Para hacer esta afirmación, más que en Bodino se apoyan en Diego de Covarrubias y Leyva, quien rechaza rotundamente que los derechos mayores pasen al pueblo⁷⁴.

3. Incluyen dentro de los derechos de la majestad el de disponer acerca de los asuntos de la religión, derecho que no figura en Bodino, esto se aprecia especialmente en Johannes Althusius y los autores Calvinistas herederos de la Escuela de Herborn. No obstante lo señalado, se aprecia la influencia luterana en la consideración de la vigencia política de la teoría de los dos Reinos propuesta por M. Lutero⁷⁵.

Respecto al primer punto, no cabe duda que la división en mayores y menores convenía perfectamente a la situación del imperio alemán, de manera que los derechos mayores quedaran solamente en manos de los príncipes y señores con jurisdicción sobre un conglomerado de territorios que constituye la crisálida del imperio alemán. De esta manera, de acuerdo a la teoría de las regalías, los súbditos podían hacer uso y manejo de aquellos derechos que no afectaban el alma de la república ni tocaban por tanto, la esencia más propia de la soberanía, de acuerdo a la doctrina de Bodino⁷⁶.

En relación con el segundo punto, todos los autores están de acuerdo con el principio fundamental de que los derechos mayores no deben pasar al pueblo. La diferencia radica solamente en el problema del origen de la soberanía. Besold asigna el origen de la soberanía al pueblo y es partidario de una forma de república mixta, de tal manera que en todo caso el pueblo, por medio de la participación en los estamentos, goce de la injerencia en los asuntos del gobierno⁷⁷. Arnisaeus, en cambio, no se pronuncia sobre este punto y le preocupa fundamentalmente

⁷¹ Vs. ERNST, H., *Catholica Juris* (Havniae 1634).

⁷² Vs. WANDAL, H., *De Jure regio* (Havniae 1663-1667). Este autor sostiene que *majora majestatis jura, quae mere regalia, juris consulti vocant, ad subditos transire nullo modo possint ... quod Hispani dicunt: Majoria, id est, suprema jurisdictio non patitur se transferri in alium*.

⁷³ También la doctrina de la soberanía es acogida en el prólogo de la *lex regia dánica*.

⁷⁴ Diego de Covarrubias citado por ARNISAEUUS, *De jure* (n. 40) lib.3, cap.1, n.8, p.169. También cap. 2, n.1, p.172.

⁷⁵ Vs. GONZALEZ MONTES, Adolfo, *Religión y Nacionalismo. La Doctrina Luterana de los dos reinos como Teología Civil*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 15-41.

⁷⁶ *Unde Rempublicam vocat civitatis animan*. Tb. ARNISAEUUS, *Doctrina política, in methodum quae est Aristotelis reducta* (1606) en: *Opera Omnia Política*, (Strassburg 1648).

⁷⁷ Vs. BESOLD, *De statu reip. mixtae* (Strassburg 1626), cap.1

determinar la esencia de la soberanía y su funcionabilidad⁷⁸. Althusius considera que el origen de la soberanía está en el pueblo, pero el portador, que es el príncipe u otro tipo de gobierno, debe rendir cuenta de su gestión gubernativa al pueblo de que es originario⁷⁹. Todos, sin embargo, están de acuerdo en la ineficacia de la soberanía en manos de particulares o del pueblo como parte o como un todo.

Ahora, los derechos mayores aceptados por todos estos autores son los mismos que en Bodino y solamente alteran su orden en la representación de los escritos y tienen como lugar común la aceptación, a diferencia del jurista francés como lo hemos dicho, que el soberano puede disponer en asuntos religiosos. Esta problemática es ampliamente tratada por Henning Arnisaeus en su conocido tratado *De Jure Majestatis*.

Los atributos más distintivos de los derechos mayores o, como los italianos llaman *signoria*, o los españoles mayoría y los alemanes, *Hochheit*, son el derecho a dictar leyes, el derecho a nombrar magistrados superiores, el derecho a declarar la guerra y firmar la paz, el derecho a acuñar monedas y el derecho sobre la religión⁸⁰.

Sin embargo, el derecho a cobrar tributos y fijar impuestos en algunos autores aparece ubicado en los derechos menores. Por ejemplo, Arnisaeus sitúa los *vectigalia, quae vulgo dicuntur telonia* dentro de los derechos menores; en cambio, Bodino los coloca dentro de los derechos mayores⁸¹. En general, se puede sostener que los derechos mayores tienen un carácter estrictamente jurídico-político, salvo el derecho de acuñar monedas que también es considerado siempre dentro de los derechos mayores, pues su efecto político no pasa desapercibido.

En cuanto al tercer elemento cabe mencionar que los autores de la vertiente Luterana ponen énfasis en el concepto de la autoridad propuesto por Martín Lutero en sus escritos políticos, especialmente en su obra *Über die Obrigkeit* que establece la relación política que debe existir entre el poder temporal y el mundo espiritual⁸².

Martín Lutero expone su doctrina o teoría sobre los *Dos Reinos* en 1523 en su obra *Von Weltlicher Obrigkeit*, esto es, hasta donde se le debe obediencia a la autoridad civil⁸³. En efecto Lutero distingue en esta obra Dos Reinos según los

⁷⁸ Vs. ARNISAEUUS, *Doctrina Política* (n. 76) cap.8. Vs. tb. Patricio CARVAJAL (n. 12).

⁷⁹ Vs. ALTHUSIUS, *Política* (n. 67), cap.39.

⁸⁰ Vs. HUESBE LLANOS, *Una constitución de la época del absolutismo, lex regia danica, 1665*, en: REHJ (1976) 5, p.96 ss. en ARNISAEUUS, *De Jure*, (n. 40) dedica a este tema aproximadamente 200 páginas.

⁸¹ Vs. ARNISAEUUS, *De Jure* (n. 40), lib 3, cap.2, 6, p.358 s. Vs. el capítulo sobre *Los Derechos Económicos* en este mismo libro.

⁸² Vs. A. GONZALEZ, (n. 75). Tb. ROLF DECOT, *Religionsfrieden und Kirchenreform*, Wiesbaden 1980, pp. 1-3. Tb. NIKLAUS BOSSHARD, STEFAN, *Zwingli - Erasmus - Cajetan. Die Eucharistie als Zeichen der Einheit*, Wiesbaden 1978, pp. 1-7. Tb. HUESBE LLANOS, M., *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47) pp. 119-190.

⁸³ Vs. Martín LUTERO, *Sobre la autoridad secular: Hasta donde se le debe obediencia*, en:

miembros que lo componen, el primero es el reino de los hijos de Adán que pertenecen a Dios y forman su propio Reino o Reino de Dios *Reich Gottes*, el segundo es el formado por los hijos de Adán que pertenecen al mundo o *Reich Welt*. A estos dos reinos se adscriben los hombres según la actitud que asumen ante la llamada que Dios les hace en nombre de Jesucristo. Precisamente esta llamada es la que divide a los hombres en dos grupos antagónicos. Todos están bajo el señorío de Jesucristo o del demonio respectivamente configurando dos cuerpos que Lutero llama Regímenes o Regimientos. Desde luego Lutero no es un sistemático en el sentido práctico, y por consiguiente su percepción concreta del mundo civil es teológica y sus seguidores deberán, esforzarse para dar la correcta interpretación de esta doctrina incipiente. Generalmente los reformadores acuden a Romanos 13: 1-7 para dar una mayor precisión al carácter y los rasgos de la autoridad civil⁸⁴.

8. De Bodino a Henning Arnisaeus y el Derecho a Dictar Leyes

En este trabajo interesa especialmente el análisis del derecho a dictar leyes según Henning Arnisaeus. Para visualizar la vigencia y el efecto que tuvo su doctrina acerca de los derechos de la majestad nos detendremos en el análisis del derecho a dictar leyes en el autor luterano alemán H. Arnisaeus (1875-1636)⁸⁵. Profesor alemán en la Universidad de Helmstedt y en la Universidad de Frankfurt Oder.

Arnisaeus considera que la majestad es el poder soberano de la república de la misma manera que la define Bodino en la edición latina del texto *De Republica* (1586), sostiene que, *majestas est summa in cives ac subditos legisbusque soluta potestas*⁸⁶. Para Arnisaeus la *majestas est principium et caput reipublicae*⁸⁷. Además, el poder que está por sobre todos los asuntos seculares y sobre todas las leyes positivas⁸⁸ y solamente está sometido a Dios y a las leyes naturales⁸⁹. No

Escritos Políticos de Martín Lutero con un Estudio Preliminar de Joaquín ABELLAN, Madrid 1990, pp. 21-65.

⁸⁴ Cf. GONZALEZ MONTES, Adolfo, *Religión y Nacionalismo* (n. 75) pp. 32 ss. González emprende en esta obra un incisivo estudio sobre la Teología Civil Luterana. En este trabajo se puede apreciar en el autor un cierto escepticismo respecto al aporte concreto de Lutero a la Doctrina Política de su tiempo. Más bien parece compartir la tesis de HECKEL, J., *Im Irrgarten der Zwei-Reich-Lehre Luthers* (1957), donde el que señala que los autores luteranos recién en el siglo XVII formulan una teoría política concreta sobre el Gobierno Civil y se refieren a Arnisaeus.

⁸⁵ Vs. HUESBE LLANOS, M., *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47) pp. 349 ss. Vid. GUZMÁN, *La Fijación del Derecho*. (Valparaíso 1977), p.54, n.78.

⁸⁶ Vs. ARNISAEUUS, *De Jure* (n. 40), lib 3, cap.2, 6, p.358 s.

⁸⁷ Vid., ARNISAEUUS, *Doctrina Política* (n. 76), cap. 11, p.104 s.

⁸⁸ *Res vero ita se habet: Quia potestas in sua Republica summa est, nullis positivis, in Republica latis legibus cogi potest.* ARNISAEUUS, *De jure* (n. 40), p.105. *Res vero ita se habet: Quia potestas in sua Republica summa est, nullis positivis, in Republica latis legibus cogi potest.* ARNISAEUUS, *De jure* (n. 40), p.105.

⁸⁹ *Contra Dei et naturae statuta, summae potestati nihil licet.* ARNISAEUUS, *Doctrina Política* (n. 76), et passim.

cabe duda la similitud teórica de Arnisaeus con los planteamientos de Bodino respecto al poder soberano⁹⁰. Desde el punto de vista práctico para el autor alemán el primer derecho de la majestad al igual que en Bodino es la potestad de hacer leyes⁹¹. Aquí distingue Arnisaeus el legislador del poder que confirma la ley. La ley sólo tiene vigencia si un poder soberano le da la fuerza respectiva. El poder del príncipe soberano consiste, por lo menos, en la facultad de promulgar leyes que se originan en la república⁹². Este poder supremo representado en el príncipe está sujeto a las disposiciones de su antecesor, las cuales pueden ser abrogadas sólo por razón de utilidad pública o en virtud de pactos contraídos por el antecesor⁹³. Indudablemente que esta situación cambia si la forma de gobierno es alternativamente absoluta o está basada en una especie de ley constitucional que para el caso de nuestro autor es denominada *lex regia* o bien se apoya en disposiciones tan antiguas como la *lex sálica*, cuyo contenido no puede ser modificado y tiene tanta fuerza como la ley natural y las costumbres⁹⁴. Con respecto al contrato que puede haber realizado el príncipe, *cuando no es en forma particular sino que en los asuntos comprometen la República*, solamente es válido si va en beneficio de ella. Por la utilidad misma de la república el príncipe no puede contraer obligaciones personales que afecten el carácter indiviso de la majestad o soberanía, tal como ceder parte del territorio a otro señor o príncipe⁹⁵. Al igual que en Bodino, el rasgo más distintivo de la majestad es no estar sometida a las leyes positivas⁹⁶. Resulta interesante hacer notar que tanto Bodino como Arnisaeus distinguen en forma sutil la diferencia entre aquello que podríamos llamar un absolutismo jurídico y aquello que puede ser considerado como un absolutismo político. Los autores de este período están todos de acuerdo en considerar la monarquía real como la forma política ideal de gobierno, puesto que en ella se expresa con mayor nitidez los principios válidos formulados en la doctrina acerca del absolutismo. Pero también están de acuerdo en establecer que esta forma de gobierno por ser la más perfecta de todas encuentra sus fundamentos en la historia y, por consiguiente, en la *lex regia*, que consiste en la declaración por escrito del reconocimiento de costumbres inveteradas. Estas son transmitidas por la tradición para dar luego forma al gobierno de la república la que es presidida por un príncipe soberano. La *lex regia* determina la forma cómo éste llega al trono⁹⁷.

⁹⁰ Debe tenerse presente también la influencia de los autores españoles sobre Bodino tanto como en Arnisaeus, en relación al iusnaturalismo.

⁹¹ Vid., ARNISAEUUS, *De Jure* (n. 40), lib. 1, cap. 11, p.107.

⁹² Vid., ARNISAEUUS, *De Jure* (n. 40), lib. 1, cap.9, p.107, et passim.

⁹³ Vid., ARNISAEUUS, *ibid*, lib. 1, cap.9, p.107 s.

⁹⁴ Vid., ARNISAEUUS, *De Republica seu relectionis politicae libri duo*, en: *Opera Política* (Strassburg 1648); lib.1, cap.5, sec.3, n°9, p.217. También en sec.4, n°4, p.218 s.

⁹⁵ Vid., ARNISAEUUS, *De Jure* (n. 40), lib.1, cap.11, p.105

⁹⁶ Vid. ARNISAEUUS, *Doctrina Política* (n. 76).

⁹⁷ Vid., ARNISAEUUS, *Doctrina Política* (n. 76), lib.1, cap.7, n.11, p.151. También Vid., ARNISAEUUS, *De Rep.* (n. 94), lib.2, cap.6, sec.4, p.862 s.

Establece en principio la base del recto gobierno de la república al regular la sucesión de los derechos de la majestad⁹⁸. Nuestro autor alemán nos remite a la ley sálica francesa y su prolongada duración para ponderar la forma armoniosa como el soberano logra hacer coincidir la costumbre inveterada, las normas establecidas para el gobierno, la ley natural y los preceptos divinos como elementos regulares del poder soberano que orientan la buena marcha de un buen gobierno⁹⁹. Finalmente, el criterio de racionalidad de la luz natural, inserta en la mente de cada hombre, es el ordenador definitivo de ella misma.

De acuerdo a la descripción de la monarquía real podemos percibir claramente que el factor de arbitrariedad presente en las monarquías de derecho divino, en el despotismo ilustrado y, posteriormente, en los regímenes totalitarios no tienen cabida en el sistema absolutista de corte bodinoiano. El concepto de absoluto invoca la imagen de un gobierno en donde el titular de la soberanía está por sobre la ley y por tanto absuelto de toda limitación que obstaculice la ejecución de su voluntad. Después de revisar detenidamente la literatura y los hechos del gobierno de los reyes absolutistas antes de Luis XIV de Francia y Felipe IV de España resulta difícil descubrir un período de la historia que haya mostrado gobernantes tan dispuestos a someterse en forma espontánea a la fuerza directiva de la razón que enmarca la fuerza coactiva de la ley positiva¹⁰⁰. El absolutismo político, en cambio, es el resultado de un proceso histórico generado particularmente en los albores de la Revolución Francesa, presionada fuertemente por la crisis social originada por los efectos de la revolución industrial. La sociedad contemporánea es testimonio de una fuerte tendencia a frenar los procesos sociales ante la incapacidad de dar a los hombres un sistema que podríamos llamar de *isonomía* política o igualdad de derechos y oportunidades ante la ley¹⁰¹.

Indudablemente que las observaciones realizadas anteriormente nos llevan nuevamente a hacer referencia a los derechos de otorgar privilegios conjuntamente con el derecho a dictar leyes¹⁰². En este atributo del monarca absoluto se vio fundamentalmente la injusticia imperante en el régimen absolutista, pues un criterio moderno del derecho supone el rechazo, en particular y en general, del privilegio como principio jurídico. De acuerdo a la línea de Bodino, el privilegio es

⁹⁸ Vid., ARNISAUS, *De Jure* (n. 40), lib.1, cap.7, n.11, p.151. También Vid., ARNISAUS, *De Rep.* (n. 94), lib.2, cap.6, sec.4, p.862 s.

⁹⁹ *Nihil autem est lex Regia, ...inveterata quaedam consuetudo vel tacita lex decursu temporis hominum mentibus inscripta, secundum quam Reges scepra capessere, et Reipublicae praesse tenetur, nisi, quae jam diu certa fuerunt, non sine Reipublicae perturbatione, evertere velit* ARNISAUS, *Doctrina Política* (n. 76), lib. 1, cap.7.

¹⁰⁰ En todo caso, el absolutismo arbitrario fue evidente en las monarquías que se proclamaron de origen divino, especialmente en Inglaterra.

¹⁰¹ Vs. HUESBE LLANOS, *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47) pp. 193 ss.

¹⁰² *Hunc pertinent potestas solvendi aliquem a legibus et irrogandi privilegia; qui ejusdem potestatis est; illigare et eximere legibus.* ARNISAUS, *Doctrina Política* (n. 76): lib. 1; cap.11; p.108.

una potestad propia de la majestad y no un derecho exclusivo de un determinado estamento. En esta relación se debe ver la perspectiva histórica del pensamiento formulado por Bodino respecto a los privilegios. De acuerdo a la totalidad de los escritos del jurista francés debemos admitir que en este punto es especialmente moderno ya que al definir el privilegio como la facultad legal de otorgar o revocar derechos políticos a particulares, rompe con el principio del derecho corporativo medieval que en esencia liga el privilegio a un determinado grupo social con exclusión de cualquier particular que no pertenezca al mismo. En la Edad Media el privilegio está en manos de un estamento y la facultad también será atributo de este estamento¹⁰³. El privilegio que otorga el príncipe está en el derecho político moderno limitado por la intangibilidad de la soberanía.

Habiendo examinado el sistema propuesto por Bodino acerca de los derechos de la majestad y su significado en la historia del pensamiento jurídico es preciso puntualizar que la cantidad inmensa de fuentes que ofrecen las bibliotecas europeas acerca del siglo XVII no permiten visualizar con facilidad una teoría homogénea del poder en la época del absolutismo. Creemos, sin embargo, que el material que entregamos en este estudio aporta información para comprender la sistematización del proceso político y obtener la certeza necesaria respecto a las ideas planteadas por los principales representantes del pensamiento jurídico-político del siglo XVII. Por otra parte, nos atrevemos a sostener que la influencia de H. Arnisaeus y del sistema por él propuestos tuvieron tal aceptación y recepción que es difícil suponer que la mayor investigación de otros autores específicos pudiera modificar sustancialmente las ideas planteadas por el estudio actual¹⁰⁴.

EJERCICIO DEL PODER SOBERANO

1. Estado Territorial

En los autores modernos no se puede hablar de una doctrina consolidada sobre el derecho administrativo, tal como lo conocemos hoy. Tampoco es posible precisar con certeza si los autores de ese tiempo distinguen claramente que las relaciones administrativistas entre los gobernantes y gobernados, en función de un orden racional del Estado, sea un acto de derecho político con la precisión que hoy día los administrativos pueden establecer. No obstante la salvedad indicada, podemos estar de acuerdo con Gerhard Oestreich en que por lo menos se trata de un *fenómeno de la disciplina social* del mundo moderno. Este fenómeno es la base racional que da origen al derecho administrativo en épocas posteriores. A este período pertenecen la organización de la burocracia, mercantilismo, militarismo y los servicios estatales respectivos de orden civil, militar y económico. Constituyen formas de manifestación de la disciplina social que se insertan en el terreno de la administración, la defensa y el resguardo del orden y la economía.

¹⁰³ Vs. ARNISAEUUS, *Doctrina Política* (n. 76); lib.1, cap.11 p.108.

¹⁰⁴ Vs. HUESBE LLANOS, *La Recepción* (n. 42). Tb. HUESBE LLANOS, *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47) pp. 193-269.

Los ministerios civiles y los subordinados, los oficiales y los soldados, los empresarios de la economía y los artesanos, y todos los súbditos del Estado se someten a una determinada disciplina social¹⁰⁵. Todos estos elementos conforman en sí una situación jurídica racionalmente inteligible que condiciona a la potestad legal del naciente Estado Territorial. Por esta razón, nos ha parecido del todo conveniente proyectar el derecho administrativo hasta sus raíces históricas en función de la racionalidad creciente que se impone del siglo XVI en adelante. No puede pensarse en un derecho administrativo de generación espontánea a fines del siglo XIX o comienzos del actual, debido solamente a la complejidad y organicidad de su estructura.

El derecho administrativo tiene su historia teórica que parte en los inicios del mundo moderno. Tal opinión la comparten tanto Max Weber¹⁰⁶, como actualmente Michael Stolleis¹⁰⁷.

2. Origen del Estado Territorial y su vigencia

Si bien para el historiador resulta verdaderamente imposible fijar una fecha determinada respecto al origen del Estado Territorial, no se puede discutir su existencia a fines del siglo XVI y comienzos del siglo XVII. Por otra parte es posible remontar sus orígenes al sur de la Italia medieval bajo la reforma administrativa de la Iglesia, emprendida por el Papa Juan XXII en Avignón o bien bajo el gobierno del Emperador Federico II de Suavia. Del mismo modo no es difícil reconocer su prístina vigencia aún en el estado moderno prusiano de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX o bien en la Austria de los Hasburgos hasta el siglo XX. En consecuencia, debemos aceptar que el sistema conocido político-jurídico conocido como Estado Territorial ha tenido una larga historia de aproximadamente cinco siglos. Este fenómeno de tan larga duración en la historia de Europa, afecta un vasto período que abarca gran parte de la historia del mundo moderno; sin lugar a dudas, presenta rasgos que nos permiten elaborar y estudiar principios, contenidos y hechos que pueden ser explicados bajo una óptica de unidad histórica¹⁰⁸. Así

¹⁰⁵ Vs. OESTREICH, G., *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*. (1969) p. 191.

¹⁰⁶ Vs. WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5 Ed. 1972.

¹⁰⁷ Vs. STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts im Deutschland*. T. I 1600-1800 (Munich 1988). Vs. tb. HUESBE LLANOS, *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47). Vs. WYDUCKEL, Dieter, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*. Berlín 1979, pp. 147-151.

¹⁰⁸ Para el problema general del desarrollo del Estado Territorial (por ej. estamentos, inicios de las magistraturas) vs. la obra de BRUNNER, *Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, (München, Wien 1942); MITTEIS en: HZ 163, 1941; también MAYER, Theodor, *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen Deutschen Staates im Hohen Mittelalter*, editado por HELLMUT KAMPF junto a otros artículos bajo el título *Herrschaft und Staat im Mittelalter. Wissenschaftliche Buchgesellschaft*. (Darmstadt, 1964). p. 284-331; también HASSINGER, Erich, *Das Werden des Neuzeitlichen Europa 1300-1600*. (Braunschweig 1959). Sin lugar a dudas BURCKHARDT, J., *La Cultura del*

por ejemplo, si hacemos referencia al Estado Territorial, desde nuestro punto de vista, el estudioso deberá tener presente, entre otros factores históricos, tanto la teoría económica mercantilista como el advenimiento de la economía liberal, su relación combativa con las corporaciones o gremios, el acercamiento a los empresarios burgueses, y no burgueses, así como también la necesidad de estudiar el rol que juegan los administradores del reino, de modo que las corporaciones, gremios, empresarios y administradores puedan aunar sus actividades en forma tan particular que la actividad de la corporación, del gremio, del empresario y de los administradores pueda ser comprendida en función de la mentalidad y de las necesidades e inquietudes surgidas en el Estado Territorial del mundo moderno. Estas son muy diferentes a aquellas concordancias del Estado Feudal medieval, y más semejantes a la enorme complejidad histórica del Estado contemporáneo, cuya base es indudablemente el Estado territorial.

3. Definición de Estado Territorial

El rasgo más importante del Estado Territorial está determinado por la soberanía, que se ejerce sobre un territorio determinado mediante un poder soberano común. Desde el punto de vista jurídico, la soberanía postula la unicidad del mando y del territorio. Como consecuencia de estos postulados, comunes a los pensadores políticos y jurídicos de la época, como asimismo a los gobernantes y a la naciente, pero ya próspera burguesía, se sostiene el principio de indivisibilidad del poder y del territorio. Además, mediante la ley, se pretende y se logra someter a todos los miembros del Estado Territorial a una sola obediencia, sea ésta religiosa, política, jurídica o social. El Estado Territorial mediante la ley ordena las formas de gobierno de los pueblos. Aún más, procura el bien común en virtud del mandato que impone la ley natural y las atribuciones que otorga y permite el derecho natural a los gobernantes. Esta finalidad, que será teórica y prácticamente justificada por el iusnaturalismo y los hechos históricos dominantes, solamente pudo ser realidad gracias a la instauración de un aparato administrativo funcional que posibilitó el ejercicio de la ley y la fuerza del imperio en un territorio jurisdiccional determinado. Desde una perspectiva histórica, el Estado Territorial es el protagonista que posibilita la transformación de la Europa medieval, dominada por la sociedad feudal segregada, en una sociedad centralizada dinámica, funcional, técnicamente eficaz para satisfacer las necesidades de la Europa y del mundo extra europeo.

Renacimiento (Barcelona 1968), en su primer libro, al definir al Estado como auténtica obra de arte, no sólo pretende particularizar la labor de Federico II de Hohenstaufen, como gobernante, sino declara que fue el primer hombre con espíritu moderno que subió a un trono y sus medidas administrativas constituyen un modelo del Estado absolutista territorial de los siglos venideros con las modificaciones pertinentes. Vs. También HEINISCH, Klaus, *Kaiser Friederich II in Briefen und Berichten seiner Zeit*. (Darmstadt 1968) p. 525 ss. Vs. tb. HUESBE LLANOS, *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47) pp. 93 ss. Vs. tb. TOPASIO, Aldo, *Historia del Derecho*. (Valparaíso 1996), p. 69 ss.

Se inicia a partir del siglo XVI y sus efectos se prolongan hasta nuestros días. Finalmente, por ser un ente pensado, desde el punto de vista técnico el Estado Territorial es fundamentalmente neutro.

4. Asociaciones Intermedias

El derecho a nombrar magistrados en el siglo XVI, el que queda inserto en la facultad soberana del príncipe de generar todos los cargos de competencia jurisdiccional, tanto ordinarios como extraordinarios, es decir, la creación de una administración eficiente, suscita la discusión sobre el tipo de facultad que le compete al poder soberano para intervenir en la creación, nombramiento o reconocimiento de los gremios y corporaciones. Por supuesto que para proceder a discutir esta situación jurídico-política se requirió de un pensamiento también teórico que apoyara y respaldase estas medidas. El derecho natural imperante sostiene que dentro del ámbito político, tanto al Estado como a la familia le compete primacía en cuanto a su origen natural¹⁰⁹. Primero la familia y luego el Estado se generan *naturalmente* en función de las necesidades del hombre y de su propia naturaleza social y ordenadora. Aristóteles propone que la creación del Estado es indispensable

¹⁰⁹ Vs. ARNISAЕUS nos entrega, en su obra *Doctrina Política* (n. 76). T. 1. p. 235, una fundamentación clarísima respecto de la importancia del derecho natural para fundamentar cualquiera doctrina política que tenga legitimidad; tb. vs. en dedicatoria al lector en: H. ARNISAЕUS, *De Republica*. Desde la publicación de la *Doctrina Política* en 1606, la disputa acerca del derecho natural para fundamentar la relación política por parte de los autores protestantes del siglo XVII se convierte en el tema más debatido de la época. Primero aparece un libro publicado por ARNISAЕUS, H., *Doctrinae et vitae politicae methodicum et breve systema*. (Frankfurt en el Oder. 1603). A éste le sigue, como hemos indicado, la *Doctrina Política* de H. ARNISAЕUS. Un año más tarde KECKERMANN, B., *Systema disciplinae politicae* (Hannover 1607); BORNITIUS, J., *Partitionum politicarum libri IV* (Hannover 1607). Del mismo autor *De Majestate politica*. (Leipzig 1610); tb. *Aerarium* (Frankfurt 1612), también *De rerum sufficientia in republica et civitate procuranda*. (Frankfurt 1625); H. KIRCHNER, *Respublica*. (Marburg 1608); FRIEDENREICH, Z., *Politicorum liber* (Strassburg 1609); ALSTEDT, J. H. (Alstedius), *De statu rerumpublicarum* (Herborn 1612); BUSIUS, *De Republica. Libri III*. BOXHORNII, M. Z., *Institutionum politicarum libri II* 2ª edición 1665; SCHÖNBORNER, *Politicorum libri VII* (Frankfurt 1614). También del mismo autor *De statu politico seu civili libri VI*. (Frankfurt 1617); HOENONIUS, P. H., *Disputationum politicarum liber unus*³ (Herborn 1615); BORNITIUS, M., *De natura jurium Majestatis et Regalium* (en: Arumaeus, I (1612) N. 2); KÖNIG, *Accies disputationum politicarum* (Jena 1619); ADAM CONTZEN S. J., *Politicorum libri X* (Mainz 1620); DE CARNIN, Claudius, *Malleus tripartitus* (Antwerpen 1620); MENOCHIIUS S. J., *Hieropolitica* (Köln 1626); WERDENHAGEN (Discípulo de Arnisaеus), *Universalis introductio in omnes Republicas* (Amsterdam 1632); LIEBENTHAL, C., *Collegium politicum* (Magdeburg 1644); BERCKBINGER, Daniel, *Institutiones politicae sive de Republica* (Utrecht 1662). Todos estos autores tienen en común la consideración del derecho natural como un *dictamen rectae rationis*. Su fuente teórica se encuentra en VITORIA, F., *Relationes III* N. 1-8. También SOTO, D., *De Justicia et Jure*, libri 1 qu. 4. Art. 1; Vs. También ARNISAЕUS, *Doctrina Política* (n. 76) Cap. 2; *De Republica*, Cap. 1, Sección 1-4. Del mismo, *De Autoritate principum in populum semper inviolabili* (1612) en: *Opera omnia politica* (Strassburg 1648). T. 2., Cap. 3.

ble para el desarrollo, bienestar, y *la conservación del género humano*. De este modo, el Estado se comporta como el género respecto a la especie. El iusnaturalismo proporciona, a los autores del siglo XVI, el instrumento teórico para fundamentar el ordenamiento social, y por consecuencia, también, permite explicar, entre otras cosas, el nombramiento de los funcionarios que harán efectivo el gobierno del Estado. Los teóricos políticos están especialmente interesados en conferir a la familia y al Estado, como instituciones, un fundamento de origen natural. Este fundamento es tan importante para éstos que, en todos los tratados escritos por ellos, emerge claramente definida la doctrina del derecho natural y su vinculación con el origen, desarrollo y ordenamiento de la sociedad. El hombre, dice Aristóteles, fuera del Estado no puede subsistir. Su existencia es viable sólo en la polis. Debido a su naturaleza racional, social y política su sobrevivencia es viable. Fuera de ella no hay salvación¹¹⁰.

5. Administración y Fundamentos Teóricos

Organizaciones Intermedias

La Familia

Para los sostenedores del Estado Territorial debió resultar extremadamente difícil explicar el derecho exclusivo o facultad que posee el poder soberano para nombrar magistrados. Esta dificultad se acrecienta mayormente si tomamos en cuenta que al término del Estado Feudal, la sociedad de entonces había dado origen a un gran número de instituciones vinculantes de orden político, jurídico y económico para su buen gobierno. Además la abigarrada y frondosa interrelación de las instituciones vigentes hicieron aún más difícil esclarecer la fuente efectiva portadora del Derecho Feudal, el que no sirvió ni fue adecuado a los procedimientos utilizados por los nacientes señoríos territoriales de los siglos XIV y XV¹¹¹. En realidad, la época necesitaba de nuevos fundamentos teóricos y nuevas prácticas para ordenar las relaciones entre los hombres.

Bodino incluye en su definición inicial acerca del Estado, el hecho de estar éste compuesto de familias, y considera a ésta una base esencial de la vida política. Esta fundamentación se basa en el supuesto que la familia es tanto un núcleo elemental de la composición del Estado, como la imagen de éste, y ambos poseen un origen natural¹¹². Si tanto la familia como el Estado son de origen natural,

¹¹⁰ Vs. ARISTOTELES, *La Política*, (n. 32) Lib. 1, cap. 1.

¹¹¹ Es interesante consignar aquí la opinión del excelente conocedor de la historia política medieval, Carlyle: *As far as the mediaeval civilisation in the proper sense is concerned... we feel ourselves compelled to say that its tendency was not toward unity... How far this system is again to be transformed by the creation of some new organization of unity, the future alone can show.* CH. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political theory in the West* (New York s. d.) T. 5. 1, p. 149.

¹¹² La posición de la familia en la teoría política de autores alemanes, tales como Arnisaeus, es similar a la de BODINO (el Estado compuesto de familias) en: *République* (n. 19) 1, 1;

tienen por consiguiente, una naturaleza social que se justifica por sí misma. Las comunidades locales y los cuerpos corporativos, en cambio, no poseen una justificación de naturaleza, y su función social solamente se justifica desde un punto de vista histórico y relativo a la relación recíproca respecto de la familia y del Estado. Por esta razón, estos organismos no son portadores de derechos inviolables, sino que su función está delimitada por determinaciones de carácter regional o bien por necesidades reales o ficticias que sólo favorecen o promueven el orden natural. Este es el caso de todas aquellas asociaciones o corporaciones que no pueden pretender el rango superior y total o equivalente a la *majestas civilis et indivisibilis* que en el Estado Moderno controla, manda y ordena a todos los miembros pertenecientes a la sociedad natural.

De este modo, Bodino reduce el rango de estos actos públicos solamente a los actos del Estado, quedando los demás constreñidos a la esfera de la vida privada. El objeto de la publicística es eminentemente el Estado, cuyo instrumento es la ley. No obstante lo anteriormente señalado la familia sigue siendo el núcleo básico de la sociedad pero pierde toda representatividad política a partir de ella.

Collegia, Corpora y Universitas

La teoría moderna de la soberanía distingue tres tipos de articulaciones dentro del Estado: *collegium, corpus, universitas*. El *collegium* es la unión de dos o más personas del mismo status. Un *corpus* es la unión de varios *collegia*. La *universitas* es una comunidad local (*omnium familiarum, collegiorum et corporum ejusdem oppidi juris communionem sociata multitudo*), mientras que a la República se le añade al rango de *universitas*, la característica superior y por su naturaleza sobre todos¹¹³. Este es un poder soberano y abraza con su soberanía (*imperium*) a todos los individuos y todas las asociaciones. De esto se desprende que la existencia de los *collegia, corpora et universitates* depende de la concesión legal hecha por el Estado y están *coetus in Republica jure sociate...summi Principis beneficio et concessu, sine quibus corporum et collegiorum jus ac nomen amittunt*¹¹⁴.

ARNISAEUS sostiene que la familia es imagen del Estado Político, 1, c.2 (n. 76) cuando analiza el fundamento y origen del mismo en: *De Rep.* (n. 94) I. 1-4. En esta posición están también DANAEUS, *Politices Christianae libri VII* (París 1606) Y, 3: CRÜGERJ., *Collegium Politicum* (disp. 2); HEIDER, *Systema philosophiae politicae* (1628), pp. 32 ss.; BORNITUS, J., *De Partitionum* (n. 106) p. 38 ss.; LIEBENTHAL, C., *Collegium* (n. 109); OLIZAROVIVUS. *De politica hominum societate* (Danzig 1651), lib. I; y G. THOLOSANUS quien define el mismo punto de vista, pero no desarrolla ni discute la familia en detalle para CONRING, el Estado tiene, sin embargo, su origen en el Derecho Natural (*Dissertationes en: De Republica. Opera Omnia* III, p. 763; también *De necessariis civitatis partibus, en: Opera Omnia* III. P. 748 s.) El propósito de todos estos autores es conferir, solamente, a la familia y al Estado el rango de sociedad natural.

¹¹³ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 3, 7

¹¹⁴ Idem.

Administración Doméstica

En cambio, la administración doméstica es el recto gobierno de varias personas y de lo que es propio bajo la obediencia de una cabeza de familia¹¹⁵. De acuerdo a Bodino, la familia constituye la verdadera fuente y origen de todo Estado, así como su principal elemento natural. El propio Bodino señala que Aristóteles, siguiendo a Jenofonte, erróneamente ha separado la economía doméstica de la política, lo que no puede hacerse sin desmembrar la parte principal del todo. Esta afirmación de Bodino nos ha parecido sumamente importante, ya que implica una precisión por parte del autor y lo obliga a dar razones valederas para asimilar la totalidad de la comunidad base al cuerpo político del Estado. Según Bodino, separar la república de la familia es *tanto como construir una ciudad sin casas*. Por esto, precisa que sería necesario una *ciencia especial para el estudio de las corporaciones y colegios, que no son ni ciudad ni familia pero que, sin embargo, constituyen una parte de la república y son la base de sustentación y ordenamiento de la sociedad doméstica*¹¹⁶. Esto se debe al argumento que sostiene que estas corporaciones intermedias no tienen origen natural y su dependencia es estrictamente contingente y dependen absolutamente del poder soberano.

Nosotros, precisa Bodino, entendemos por administración doméstica el recto gobierno de la familia y el poder que el jefe de ésta tiene sobre los suyos y de la obediencia que le es debida¹¹⁷. El método analógico aflora inmediatamente cuando Bodino sostiene que la familia bien dirigida es la verdadera imagen de la república, y el poder doméstico es comparable al poder soberano. Sin embargo, no se debe entender exclusivamente una limitación intelectual generada por el proceso de interpretación analógica, ya que la proyección del pensamiento bodinoiano, en este caso, busca dar una explicación de carácter simbólico-analógico con el objeto de impulsar el modelo político por él propuesto hacia un fin que se sitúa solamente en el pasado, ni en el presente ni en el futuro, sino que se proyecta a modo de una ficción con el objeto de adquirir un carácter permanente. La familia está ahí, y es un modelo que debe ser tomado en cuenta siempre para el gobierno de la República. La familia y el paradigmático poder doméstico es comparable al poder soberano, el recto gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la República¹¹⁸.

6. Poder Soberano Común. El umbral mínimo de incertidumbre

Siguiendo el argumento de Bodino, al menos cinco personas son necesarias para dar lugar a una familia; si se precisan tres personas, dice Bodino, para formar un

¹¹⁵ Vs. BODINO, *République*, 1,2, p. 8.

¹¹⁶ Ibid. 1, 6, p. 49.

¹¹⁷ Aspectos que no son considerados por ARISTÓTELES y JENOFONTE en sus tratados. Vs. BODINO, Ibid, 1, 2, p. 8.

¹¹⁸ Vs. BODINO. *Rep.* 1, 6, p. 49.

colegio, y otras tantas para una familia (además del cabeza de familia y su mujer), ha de haber tres familias para formar una república¹¹⁹. Según lo anteriormente afirmado, hemos llegado al punto desde donde fundadamente podemos avanzar una hipótesis respecto al principio de unidad del Estado Territorial en el siglo XVI. Aplicando la concepción de Aristóteles, el principio de unidad es aquello que hace que algo sea lo que es en ordenación de los elementos, en consecuencia el principio de unidad territorial y humano sería la causa formal del Estado. Este grupo humano o familia se estructura y ordena produciendo dos efectos: el orden jurídico y las autoridades que generan el Estado. Bodino nos dice que basta la existencia de un poder común y tres o más familias para que se constituya un Estado Soberano.

El poder político surge de la capacidad que posee el grupo humano para autogobernarse y esta capacidad se expresa en alguna forma de gobierno. Según Aristóteles la forma de gobierno es la manera como el orden jurídico establece el ejercicio del poder político. De acuerdo a Aristóteles todo grupo humano organizado requiere de un orden jurídico, lo contrario supondría el caos y la pérdida de la unidad requerida para autogobernarse. Es preciso señalar que Aristóteles, en la *Política*, no determina cuál es la mejor forma de gobierno, sino que establece objetivamente las diferencias que existen entre una y otra. No es una forma de gobierno específico la que legitima los Estados, sino que la naturaleza humana y el hecho de estar compuesto de familias bajo un poder soberano y dirigido a un fin que les es común, cualquiera que sea el gobierno que tengan. De acuerdo a Aristóteles los pasos que sigue la asociación de hombres parte de la familia, luego la aldea (o pueblo), y finalmente la complejidad de la *polis* que de todas es la única organización capaz de ser autárquica o autosuficiente¹²⁰.

Este pensamiento político de Aristóteles sirvió eficazmente a los autores del siglo XVI para fortalecer la legitimidad de los Estados Territoriales existentes en el cuadro político europeo de esa época, pues teniendo el Estado como base la familia y todo lo que le es común con poder soberano, no requieren inevitablemente pronunciarse en favor de una determinada forma de gobierno. En otras palabras, la recepción de *La Política* de Aristóteles en el siglo XVI permitió a Europa la tolerancia de distintos regímenes, aunque estos tuvieran una confesión religiosa diferente a la del resto de los estados existentes. En definitiva lo esencial es la sustentación natural del Estado a través de una asociación, de un grupo de hombres que habitan un territorio determinado y poseen *un poder común* que regula el orden del Estado.

Con el fin de explicar semejante poder, Bodino recurre a un símil frecuentemente utilizado por la literatura política clásica para aplicar su noción respecto al principio formal o de unidad antes desarrollado. Este símil es el navío, y advierte que, del mismo modo *que el navío sólo es madera, sin forma de barco, cuando se*

¹¹⁹ Por este motivo, los antiguos consideraban que quince personas constituían una *polis*, refiriendo el número de quince a tres familias perfectas. BODINO, *Rep.* Libro I, Cap II.

¹²⁰ ARISTOTELES, *La Política* (n. 120), Lib. 1, Cap. 1.

le quita la quilla que sostiene los lados, la proa, la popa y el puente, así la república, sin el poder soberano que une todos los miembros y parte de ésta y todas las familias y colegios es un solo cuerpo, deja de ser República. El poder soberano es pues el principio de unidad del Estado Territorial¹²¹.

Bodino en esta materia es reiterativo, al precisar inmediatamente que no es la villa, ni las personas las que hacen el Estado, sino la unión de un pueblo bajo un poder soberano común, aunque sólo quede reducido a tres familias¹²². Por lo tanto, tres solas familias constituyen una república tan perfecta como si hubiera seis millones de personas, a condición de que uno de los jefes de familia tenga poder soberano común sobre los gobernantes¹²³. Si el principio de unidad es el poder soberano, debemos aceptar que el postulado aristotélico supone que sea el grupo humano la causa natural eficiente del Estado, es decir, lo que genera, lo que hace efecto, movido por su naturaleza racional social y política; la causa material, en cambio, es todo aquello de lo que está hecho el Estado: el grupo humano más el territorio. Vistos estos argumentos aristotélicos recogidos por Bodino, resulta fácil reunir todos estos elementos, y siguiendo a Aristóteles, proporcionar los rasgos congruentes y esenciales al Estado Territorial europeo del siglo XVI, con el fin de atribuir la soberanía o elemento unitario a este Estado, cualquiera que sea su origen, dimensión y densidad. El rasgo ordenador esencial del Estado Territorial es el marco jurídico, esto es, la soberanía. Estos son los factores más decisivos que consolida al Estado a lo largo de los siglos que van entre el XVI al XX para así ingresar al tercer milenio.

La Consecuencia Histórica de la Soberanía

La soberanía de este Estado y su independencia se deben naturalmente a la capacidad que tuvieron sus gobernantes de enfrentar los acontecimientos históricos relativos a su existencia, pero no cabe duda que, también, la teoría política formulada por los autores del siglo XVI permitió el reconocimiento universal de sus contemporáneos del rol catalizador que posee el Estado. Aquí vemos la conjunción positiva de la teoría y la praxis. De este modo presenciamos el trato que se conceden los Estados de igual a igual, en rango y dignidad. Este reconocimiento es dispensado tanto a los embajadores florentinos, o a los plenipotenciarios de España, tanto en la corte francesa, como en la corte imperial. Este hecho es verdaderamente revolucionario en las relaciones interestatales de la época, ya que el tamaño del territorio y la cantidad de los habitantes deja de ser significativo en las relaciones interestatales; solamente se reconoce la igualdad de derechos al príncipe y a quienes lo representan, siempre que éstos pertenezcan a un Estado cuyo territorio y habitantes sean gobernados bajo un poder soberano común. De esto se desprende que el rasgo esencial que debe poseer el detentor del poder y su carác-

¹²¹ Vs. BODINO, *Ibid.* p.9.

¹²² Vs. BODINO, *Ibid.* 381.

¹²³ Vs. BODINO, *Ibid.* 1, 2, p. 10.

ter neutral en relación con los fines específicos del Estado. El Estado Territorial no se atribuye para sí como elemento esencial de su existencia propósitos como aquellas ideas que en el siglo XIX adquirirán tanta importancia en el mundo político de la época, tales como nacionalidad, raza, cultura, ideología y destino, aunque no las excluye.

El Estado del siglo XVI permanece ajeno y despreocupado en relación a aquellas ideas. El propósito más definido del Estado territorial del siglo XVI, será, a través del poder soberano, lograr por todos los medios disponibles establecer el orden natural para impedir la anarquía, el enemigo número uno del Estado. Para obtener esto último, cada Estado deberá ser consciente de la necesidad racional de contar con una administración adecuada al orden que se quiere establecer. Por esta causa, es preciso señalar que el propósito de dotar al Estado de los medios necesarios para un funcionamiento ordenado no debe confundirse con la mera voluntad arbitraria de un soberano, que procurando establecer el orden, intenta al mismo tiempo violentar la naturaleza del Estado en forma despótica o teórica, de tal modo que las costumbres, las tradiciones, las leyes y los hechos históricos, condicionantes de la vida diaria en la época, sean alterados y desviados de su sentido natural y del buen gobierno.

Soberanía en Juan Bodino

No cabe duda que la teoría sobre el Estado Territorial de fines del siglo XVI presenta interrogantes al historiador que en caso de ser resueltas, le permiten develar los rasgos esenciales de la conducta política del hombre moderno. Los esfuerzos de los teóricos que procuran proporcionar a la sociedad un sistema político adecuado a las necesidades son fundamentalmente determinados por el análisis de la realidad histórica dominante. Se puede afirmar que las fuentes teóricas sobre el Estado Territorial, en tanto fueron escritas por juristas, reflejan por parte de éstos una verdadera labor interpretativa de la realidad. Esta producción jurídica se intensifica mayormente en la Europa Central, después de la aparición del tratado extremadamente erudito escrito por Juan Bodino sobre la República.

Es conveniente reiterar que Juan Bodino recoge y ordena elementos políticos vigentes al momento de escribir su obra. Por esta razón, es preciso no sólo darle importancia al carácter exclusivamente teórico de su escrito, sino también, resaltar su aspecto práctico, pues la obra de Bodino nos permite comprender el Estado Territorial en todo su alcance, ordenamiento institucional e imperio de todas las fuerzas necesarias para establecer el buen gobierno.

Tal como lo dijimos anteriormente, Bodino define la República como *el conjunto de varias familias y de aquello que le es común con poder soberano*¹²⁴. Considera que el principal atributo del poder soberano es el derecho a dictar leyes sobre un territorio determinado¹²⁵. Gran parte de la obra de Bodino, sin embargo,

¹²⁴ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 1, 1, p.1.

¹²⁵ Vs. HUESBE LLANOS, *La Teoría del poder y el derecho a dictar leyes.*; REHJ Vol. 3 (Valparaíso 1978), p. 246-247.

se centra en lo esencial del Estado Territorial denominado poder soberano o soberanía. Para que pueda ejecutarse en una jurisdicción determinada, este poder requiere del elemento más decisivo para que funcione, esto es, el cuerpo de funcionarios que ejecutan la ley. Según el propio Bodino, *el principio que afirma que la fuerza de las leyes consiste en mandar, prohibir y castigar, se refiere más a los magistrados, que a la propia ley, la cual es muda*. El magistrado es la ley viva capaz de realizar todo esto¹²⁶, es el *imperium in actu*.

7. Gratuidad Ciudadana

No obstante el reconocimiento que hace Bodino referente al rol que juegan los magistrados en el Estado, éste debe confesar que *ni los jurisconsultos ni los tratadistas políticos habían definido adecuadamente, hasta la fecha, al oficial, al comisario o al magistrado, pese a ser materia de Estado muy importante*¹²⁷ para el buen gobierno y, concluye categóricamente nuestro autor, *estos funcionarios son uno de los elementos principales de la República*. Más evidente aparece la afirmación de Bodino si se analiza esta situación desde la perspectiva del tiempo, y, a lo largo de varios siglos.

El Estado antes de constituirse en una fuerza de unidad o identidad, debió pasar por una evolución previa. Esta es la etapa del ordenamiento administrativo que es simultánea a aquella que busca someter a todos bajo la obediencia de la ley. El mero derecho a dictar leyes solamente habría culminado en un ordenamiento teórico si no hubiese contado, en el mismo tiempo histórico, con la fuerza necesaria para ejecutar la voluntad expresada por la ley¹²⁸. El dinamismo que se inyecta al Estado Moderno, en el siglo XVI, proviene de la gran capacidad que tuvieron los gobernantes de esa época, para crear los cargos suficientes, y además, proveerlos de personas dispuestas a obedecer y, finalmente, grupos interesados en cumplir aquello que la ley manda, prohíbe o permite¹²⁹.

Esto no quiere decir que antes no se consideró siempre importante la tarea de los magistrados. En la sociedad feudal su rol es reconocido como de suma importancia: ya en los teóricos medievales y en los tratados jurídicos de la época se aprecia su presencia. Así, por ejemplo Tomás de Aquino considera que los servidores del reino o ministros (*ministri*) son el complemento de todo régimen, pues afirma que sin ellos ningún dominio puede subsistir ya que ellos ejercen los oficios según los grados y administran lo necesario, sea en el Reino o en la República. Finalmente, señala que tales ministerios se confieren según los méritos de cada uno¹³⁰. No obstante, esta afirmación tan precisa respecto a la importancia de

¹²⁶ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 5, p. 349.

¹²⁷ Vs. BODINO, *Ibid.*

¹²⁸ Vs. BODINO, *Idem.*

¹²⁹ Vs. BODINO, *Ibid.*

¹³⁰ *His igitur sic deductis, videndum est de ministris, quid ad regimenis sunt complementum: quia*

los ministros para la administración del gobierno, no sugiere ninguna clasificación determinada ni atribuciones. La opinión de Tomás de Aquino es interesante cuando señala que los ministros del reino pueden adquirir características diversas según los rasgos de los regímenes respectivos; ya que estos son *sicut membra capiti*¹³¹, esto es, según el régimen político, así deberían ser los ministros y sus atribuciones. Los servicios prestados pueden ser gratuitos o remunerados, pero Tomás de Aquino se pronuncia en favor de la gratitud e insiste que la virtud administrativa en favor del bien común se menoscaba con el pago o retribución económica: *Propter quod hodie in Italia omnes sunt mercenarii...et ideo agunt sicut mercede conducti, non ad utilitatem subditorum, sed ad lucrum suum, praestituentes in mercede finem*¹³². El lucro generado por servicios administrativos no es bien visto por Tomás de Aquino en los negocios eclesiásticos como tampoco en los políticos y menos en los militares. Para Aquino y su época, la relación de vasallaje y los vínculos de dependencia no pueden generar utilidad sino únicamente seguridad y reciprocidad de beneficios.

8. Virtudes del Gobernante según Tomás de Aquino

Respecto a las virtudes del gobernante y de los magistrados, para Tomás de Aquino, éstas deben ser las mismas e idénticas. Luego señala, que es el gobierno el que las ordena conforme a sus necesidades, de igual manera -dice Tomás de Aquino- que las demás artes toman la materia de la naturaleza. Así, agrega, es necesario para quien instituye un reino, que elija primeramente un sitio adecuado para conservar la salud de los habitantes, abundante en alimentos, agradable y seguro contra los embates del enemigo; luego, se ha de proveer de los oficios a cada una de las personas según su habilidad para cumplir. Estas cosas que le competen al oficio del rey para instituir un reino¹³³, deben ser tomadas de la semejanza con el orden armónico del universo. Advierte, más adelante, Tomás de Aquino: *no es sino conducir lo gobernado al fin conveniente*¹³⁴, Es necesario que el fin de la sociedad corresponda al de cada hombre¹³⁵. Más parece que el fin de una multitud congregada en una sociedad es vivir conforme a la virtud¹³⁶. Su cuidado debe abarcar tres aspectos: primero, el instituir las leyes que dirigirán la sociedad a una vida recta; segundo, a conservarla, y tercero, a desarrollarla¹³⁷. De este modo, en lo

sine eis quodeumque dominium transire non potest...et (distribuantur) secundum merita cuiuscumque in ea contenti. DE AQUINO, Tomás, *De Regimine Principum* (Turin 1948), 2.10, p. 29.

¹³¹ Vs. TOMÁS DE AQUINO (n.130), 30.

¹³² Vs. TOMÁS DE AQUINO, Idem.

¹³³ Vs. TOMÁS DE AQUINO, Ibid.

¹³⁴ Vs. TOMÁS DE AQUINO, Ibid.

¹³⁵ Vs. TOMÁS DE AQUINO, Ibid.

¹³⁶ Vs. TOMÁS DE AQUINO, Ibid.

¹³⁷ Vs. TOMÁS DE AQUINO, Ibid.

tocante a su conservación, debe el rey atender que la república sea bien administrada. Para ello, el príncipe podrá nombrar a los magistrados y deberá velar por la justicia de sus actos¹³⁸.

No obstante lo anterior, es necesario que para considerar a los magistrados y oficiales se defina previamente los rasgos esenciales que se supone deben poseer éstos como ciudadanos, tanto si son elegidos, designados o nominados. Para estudiar este aspecto es necesario remontarse un poco a la fuente misma de inspiración del siglo XVI. La fuente es Aristóteles y su garante es Tomás de Aquino. Cuando analizamos un tema semejante sobreviene la necesidad de distinguir entre el deber y el ser del buen ciudadano, del buen administrador o del buen gobernante en especial. En relación a la concordancia existente entre las virtudes que posee el buen hombre con el buen ciudadano, y si éstas deben ir juntas o deben ser consideradas por separado, surge el problema de la condición humana y la condición civil o ciudadana. Además, siempre es evidente que toda teoría exige una concordancia en la práctica, pero no es evidente si la concordancia se da en forma permanente o sólo en relación al fin. Más pareciera que la política se orienta hacia una separación gradual y constante entre la bondad del fin y los medios necesarios empleados para conseguir los propósitos finales. El propósito de los autores es lograr que ciertos actos políticos o administrativos sean permanentes para que así podamos hablar de virtud, pues no existe virtud si no existe una disposición permanente de realizar un acto en función de un fin, sea éste superior o no; así también referente a la virtud administrativa.

9. Virtud Política. Prudencia y Justicia

Respecto a la virtud en general que debe poseer un ciudadano, podemos constatar que nuevamente los autores que estudiamos se inspiran básicamente en dos fuentes: Aristóteles y Tomás de Aquino. Siendo el criterio aristotélico diferente del criterio tomista, Tomás de Aquino asume la postura del filósofo respecto a la estrecha relación existente entre gobernante-gobernado, diferenciándose solamente en matices, especialmente en el énfasis que Tomás de Aquino pone sobre todo en las virtudes de la prudencia y la justicia. Además en lo que se refiere al fin último y trascendente que debe cumplir el Estado. En cambio, el proceso de Reforma protestante tiende más bien a universalizar a Aristóteles en menoscabo de la doctrina tomista. Los autores del siglo XVI prefieren apoyarse en el Aristóteles pagano antes que en Santo Tomás católico.

Según Aristóteles el bien parece muy diferente según los diferentes géneros de actividad y según las diferentes artes, y agrega que uno es en la medicina, otro en la estrategia y lo mismo sucede en todas las artes sin distinción; sin embargo, en toda acción, en toda determinación moral, el bien es el fin mismo que se busca, y siempre, en vista de este fin, se hace constantemente todo lo demás. No obstante

¹³⁸ Vs. TOMÁS DE AQUINO, *Ibid.*

lo dicho, para Aristóteles el bien supremo es una sola y única cosa que es definitiva y perfecta, y mientras más definitiva, más perfecto será el bien. De este modo, lo perfecto, lo definitivo, lo completo, es lo que es eternamente apetecible en sí. Cuando Aristóteles habla de independencia no se refiere, de manera alguna al hombre que pasa una vida solitaria, puesto que el hombre es naturalmente sociable y político¹³⁹. La felicidad, para Aristóteles, consiste en lograr una vida aceptable, sin que tenga necesidad de ninguna otra cosa, puesto que la felicidad es, sin contradicción, el mayor de los bienes. Aristóteles sugiere que para obtener este estado es necesario conocer mejor la naturaleza humana¹⁴⁰.

El medio más seguro para alcanzar esta completa noción es saber cuál es la obra propia del hombre. ¿Cuál puede ser esta función característica? Para ello acerquémonos nuevamente a Aristóteles. Este en la *Ética a Nicómaco* analiza el gran tema de la virtud. A continuación el bien propio del hombre es la actividad del alma dirigida por la virtud; luego enumera muchas virtudes, dirigida por la más alta y la más perfecta de todas. Añade Aristóteles que estas condiciones deben ser realizadas durante toda una vida, porque una sola golondrina no hace verano, tampoco un solo día de felicidad basta para hacer a un hombre dichoso y afortunado. Respecto a la justicia, por ejemplo, será justo solamente aquel que permanentemente tiene la voluntad de dar a cada uno lo suyo¹⁴¹. Puesto que la felicidad, dice Aristóteles, es ciertamente la actividad del alma dirigida por la virtud, sugiere que debemos estudiar la virtud, ya que así se tiene a mano un medio rápido de comprender mejor la felicidad misma¹⁴².

La virtud, según nuestro autor, parece ser antes que nada el objeto de los trabajos del verdadero político, puesto que lo que éste quiere es hacer a los ciudadanos virtuosos y obedientes a las leyes. Esto es lo que Aristóteles denomina la virtud humana¹⁴³. Una consecuencia evidente de esto es que el hombre de Estado, el político, debe conocer hasta cierto punto las cosas del alma, a la manera que el médico que tiene que curar los ojos debe conocer igualmente la organización del cuerpo entero. El hombre de Estado, señala Aristóteles, debe imponerse de este estudio, tanto más cuanto que la política es una actividad mucho más elevada y mucho más útil que la medicina¹⁴⁴. Finalmente, precisa Aristóteles, que los hombres se hacen y son virtuosos, ya por naturaleza, ya por hábitos, ya mediante la educación. Así, la primera condición es que el corazón se incline naturalmente hacia la virtud amando lo bello y detestando lo feo, pero es muy difícil que se

¹³⁹ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 1. 2. Remito sobre esta materia a GARCÍA HUIDOBRO, *Naturaleza y Política* (Valparaíso 1997) pp. 25 – 53.

¹⁴⁰ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 4.1-3, p. 109-116, tb. 4.13, p. 134-136. Vs. GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, *Naturaleza y Política* (n. 139), pp. 25-42.

¹⁴¹ Vs. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (Espasa-Calpe, Trad. Azcárate, Madrid 1972), 1.4.

¹⁴² Vs. ARISTÓTELES, *Ibid.*

¹⁴³ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid.*, 1, 11.

¹⁴⁴ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid.*

pueda dirigir convenientemente hacia la virtud a un hombre desde la infancia, si no es educado bajo la égida de las buenas leyes¹⁴⁵.

10. Virtud Ciudadana. Mandar y ser mandado

De acuerdo a lo ya indicado, es preciso que la ley siga al hombre durante toda su existencia. Únicamente la ley posee una fuerza coercitiva igual a la de la necesidad, porque es hasta cierto punto la expresión misma de la sabiduría¹⁴⁶. Pero, las leyes son la obra y el resultado de la política, por lo tanto, propone Aristóteles el estudio a fondo de la política para que se pueda alcanzar la filosofía de las cosas humanas¹⁴⁷.

Aristóteles se pregunta si es posible que coincidan en alguien la virtud del buen ciudadano y la del hombre bueno. A continuación precisa que el gobernante recto debe ser bueno y prudente, en cambio, el político solamente tiene que ser prudente¹⁴⁸. Si entendemos la virtud como el conjunto de cualidades que dan al hombre o a los demás seres su valor físico y moral o, mejor aún, como el carácter distintivo del hombre que constituye la índole propia de su ser, pudiendo ser considerada como una cuasi naturaleza o mérito esencial para obrar o ejecutar cualquier actividad, debemos reconocer que la virtud podría ser entendida como aquella disposición constante del ánimo a proceder de acuerdo con la ley moral. Ahora bien, de acuerdo a lo anteriormente señalado, la virtud no puede ser correctamente definida si no está relacionada con un obrar o actividad determinada del hombre. Así deberá quedar en claro que la virtud que a nosotros nos interesa se refiere precisamente al gobernante y al gobernado.

Aristóteles define la virtud del ciudadano y declara que la virtud del ciudadano digno parece consistir en ser capaz tanto de mandar como de obedecer bien¹⁴⁹. Mando y obediencia son los méritos que corresponden respectivamente al gobernante y al gobernado. La virtud del hombre bueno, en cambio, *tendrá formas distintas según las cuales gobernará o será gobernado*¹⁵⁰. Para Aristóteles, *la virtud del ciudadano ha de referirse necesariamente al régimen*¹⁵¹. Es evidente que *no puede haber una virtud perfecta única del buen ciudadano*¹⁵², dice Aristóteles, sino que propone diversas posibilidades como tantas sean las formas de gobierno que el hombre se dio y puede darse en la historia. Esta afirmación de Aristóteles permite la legitimación de todos los regímenes, pero más importante aún es su consecuencia: el buen ciudadano debe obediencia, cualquiera que sea la

¹⁴⁵ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*, 4, 13, p. 136.

¹⁴⁶ Vs. ARISTÓTELES, *Ética* (n. 141), 10, 10.

¹⁴⁷ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*.

¹⁴⁸ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 3, 4, p. 73s.

¹⁴⁹ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*, 3, 4, p. 75.

¹⁵⁰ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*.

¹⁵¹ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*, 3, 4, p. 73.

¹⁵² Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*.

forma de ser gobernado, aun en el caso del tirano. Aristóteles llega a tal grado de tolerancia política que, al tratar al tirano, propone una serie de medidas para que, aún éste, pueda conservar su poder sin menoscabo de la obediencia que deben prestarle los súbditos. En el libro séptimo de la edición consultada de *La Política de Aristóteles*¹⁵³, podemos apreciar nítidamente la coincidencia de opiniones que posteriormente vertería Maquiavelo en su tratado *El Príncipe* con respecto a las normas señaladas por Aristóteles respecto a la prudencia del tirano.

Virtud y Poder

Según Aristóteles, buscar el poder por todos los medios, no sólo justos sino inicuos, es trastornar todas las leyes, porque el mismo triunfo puede no ser justo¹⁵⁴; agrega más adelante que *todos convienen en que lo que debe buscarse esencialmente en la vida es la virtud, y que el que ha comenzado por violar las leyes de la virtud jamás podrá hacer tanto bien como mal ha hecho primeramente*¹⁵⁵. La historia nos enseña que los medios que los hombres utilizan para alcanzar el poder son en muchas circunstancias inicuos. Cuando Aristóteles reconoce que la virtud ciudadana puede ser distinta de la del hombre privado, admite una realidad histórica y, por lo tanto, deja ver su acentuado historicismo al interpretar los distintos regímenes políticos¹⁵⁶. Por esta razón, Aristóteles idealiza como modelo a aquel magistrado que reúne en sí la doble virtud del buen ciudadano y del hombre bueno, si bien sostiene que la fuerza de la realidad imperante es más evidente que sus postulados morales y políticos.

Su pragmatismo lo lleva a justificar, por ejemplo, la tiranía como forma legítima de gobierno, elegida por el pueblo, y en la que el poder es ejercido en forma despótica. Como aspecto esencial de esta forma de gobierno, precisa Aristóteles que el tirano debe tener siempre la fuerza necesaria para gobernar, no sólo con el asentimiento público, sino a pesar de la voluntad de los demás. El segundo rasgo de la tiranía establecido por Aristóteles como necesario para la conservación del poder es un factor esencialmente inmoral: el soberano involucrado en criterios éticos está obligado a aparentar que se ocupa del interés público y los recursos que recibe de sus súbditos los emplea en beneficio de todos y no para incrementar su fortuna personal. Un tercer rasgo sería no inspirar temor y permanecer cerca de los súbditos. Debe también guardarse de insultar a la juventud y a las mujeres, pues Aristóteles advierte que las querellas femeninas han perdido a más de algún tirano. Deberá procurar, con el mayor esmero, de dar pruebas de una piedad ejemplar, ya que el pueblo no temerá tanto sus injusticias si se convence, por sus demostraciones externas, del profundo espíritu religioso que lo anima¹⁵⁷. Este gobierno debe guardar la apariencia de virtuoso aunque sea vicioso, si pretende con-

¹⁵³ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 7, 8, pp. 223-227.

¹⁵⁴ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 4, 2, p. 113.

¹⁵⁵ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 4, 3.

¹⁵⁶ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 2, 3.

¹⁵⁷ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 8, 9.

servar el poder¹⁵⁸. Finalmente, Aristóteles, hace referencia a las tiranías propiamente tales, que sin responsabilidad alguna y sólo en interés del señor, gobiernan a súbditos que valen tanto o más que él sin consultar para nada los intereses particulares de los mismos. Este es un gobierno de violencia, porque no hay corazón libre que sufra con paciencia una autoridad semejante¹⁵⁹.

Aún esta última forma de gobierno es pragmáticamente reconocida como realidad histórica por Aristóteles, pero él no da consejo alguno para conservar el poder, puesto que en este caso estima el filósofo que la violencia aleja al hombre de su propia condición social. No obstante, reconoce que la violencia existe y es una constante histórica¹⁶⁰.

11. Rasgos propios del Ciudadano

Obediencia y Participación

Puesto que no es posible hablar de una virtud política precisa conviene preguntarse qué virtud es adecuada al magistrado: virtud propia del magistrado es la *obediencia* a los mandatos dados por el superior, al igual que todos los súbditos. Así, Bodino resume en el libro primero, capítulo sexto, que *la nota característica de la ciudadanía es la obediencia y reconocimiento del súbdito libre hacia un príncipe soberano; y la tutela, justicia y defensa del príncipe hacia el súbdito*¹⁶¹ pues el *souverain bien d'un particulier et de la Republique n'est que'un*¹⁶².

¹⁵⁸ La capacidad de simulación del soberano es elevada a la categoría de receta política por MAQUIAVELO, *El Príncipe* (n. 23) cap. 15. La disimulación, crueldad, avaricia, inconstancia y otras *virtudes* del príncipe, las definimos como *prudencia política* maquiavélica, la que consiste en evitar todos aquellos vicios que acarrearán la pérdida del poder; su cabal y oportuna utilización conlleva a la virtud técnica, neutral y ajena a toda vinculación moral. Vs. HUESBE LLANOS, *La Virtud, teología técnica, jurídica y confesional en el siglo XVI*, en REHJ. 4 (Valparaíso 1979), pp.168-171 s.

¹⁵⁹ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 8, 9.

¹⁶⁰ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid.* El poder como elemento central del gobierno es recogido teóricamente por Thomas Hobbes, en el *Leviathan*. Maquiavelo y Hobbes se ubican en una línea ascendente respecto a las inmensas posibilidades, aparentemente lícitas, generadas de un poder alejado de la moral (Maquiavelo) o bajo el alero del agnosticismo (Hobbes).

¹⁶¹ Vs. BODINO, *Rep.* (n. 19) 1.6, p. 67. Dado que el magistrado es, después del soberano, la persona principal de la República, a quien el soberano confía la autoridad, la fuerza y el poder de mando, será oportuno, antes de seguir adelante, tratar brevemente de la obediencia que debe al príncipe soberano, ya que éste constituye su primer deber. Existe una notable diferencia entre el príncipe soberano, los magistrados y los particulares. En tanto que el soberano no conoce mayor ni igual a él y todos los súbditos están bajo su poder, el particular no tiene súbditos sobre quien ejercer poder público de mando. En cambio, el magistrado contiene en sí diversas personas y, frecuentemente, cambia de calidad, de porte, de semblante y de manera de proceder. Para cumplir con su cargo, debe saber obedecer al soberano, someterse al poder de los magistrados superiores, honrar a sus iguales, mandar a los súbditos, defender a los débiles, oponerse a los fuertes y hacer justicia a todos. BODINO, *Rep.* 3, 4, p. 333, cf. (n.19) p.233.

¹⁶² Vs. BODINO, *Ibid.*

Aun cuando todos los autores están de acuerdo en considerar la obediencia como la virtud esencial del magistrado, no todos lo están al respecto de su participación por medio del sufragio. Los teóricos políticos se preguntan si todos los súbditos del monarca están en condiciones de ser magistrados. Mejor dicho, si hay una relación directa entre el derecho a sufragio o participación y la magistratura. De acuerdo a Aristóteles, *el ciudadano se define por participar en la administración de justicia y en el gobierno... Luego afirma que los que participan el gobierno son ciudadanos*¹⁶³. Según Aristóteles a todos los magistrados se les concede la facultad de deliberar sobre todas las cuestiones. Con esto resulta claro que el ciudadano es aquel *que tiene derecho a participar en la función deliberativa o judicial de la polis*¹⁶⁴. Bodino, en cambio, declara que es sumo error de Aristóteles afirmar que sólo es ciudadano quien tiene acceso a las magistraturas y voz deliberante en las asambleas del pueblo¹⁶⁵. El propósito de Bodino fue extender esta condición a todos los habitantes de la República tal como hoy día se pretende extender este rasgo para aquellos que acreditan este derecho universal.

Conviene indicar que ni el carácter popular del gobierno, ni la condición de privilegio, ni el ser portador de armas, hacen al súbdito más ciudadano, *sino la obligación mutua que se establece entre el soberano y el súbdito*¹⁶⁶. La obligación mutua establece el tipo de magistrado o ciudadano que existirá de acuerdo a la forma de gobierno que regirá estas relaciones¹⁶⁷. De este modo, no se generan funciones y nombres según la nominación que un autor o un príncipe o un grupo desee darle, sino conforme a la tradición y necesidades que cada régimen genera.

¹⁶³ Vs. ARISTÓTELES, *Política* (n. 32), 3.1 y 4 (1275 a), p. 68.

¹⁶⁴ Vs. ARISTÓTELES, *Ibid*, p. 69.

¹⁶⁵ *Mais la faute est bien plus grande de dire qu'il n'est pas citoyen, quin'a part aux magistrats, et voi deliberative aux estats du peuple, soit pour iuger, soit pour affaires d'etat. C'est la definición du citoyen qui Aristote, nous a laissée par escript.* BODINO, *Rep.* 1.6 p. 56.

¹⁶⁶ Vs. BODINO, *Ibid*, 1.6, p. 61.

¹⁶⁷ Para saber cuál es la obediencia debida por el magistrado al soberano, es necesario saber que *unos constituyen edictos y leyes perpetuos, dirigido a todas las personas, cualquiera que sea su calidad y condición; otros van dirigidos a ciertas personas y por tiempo determinado, a título provisorio; unos contienen privilegios de exención en favor de una sola persona o de un grupo, o algún beneficio no contrario a la ley; otros conllevan recompensa para los buenos y pena para los malos; unos atribuyen oficio o comisión; otros interpretan algún edicto o privilegio anterior; unos son datos para declarar la guerra, anunciar la paz, reclutar soldados y organizar la intendencia; otros establecen ayudas, subsidios, nuevos impuestos o empréstitos; unos nombran embajadas para que asistan a las celebraciones o duelos de los príncipes extranjeros o para que traten matrimonios, alianzas u otros asuntos semejantes; otros ordenan construir y fortificar las fortalezas o reparar los puentes, caminos, puertos y pasos; finalmente, otros edictos son dados para la resolución de pleitos o la ejecución de mandatos, o para validar letras de justicia, o restituir los bienes de los menores, de los mayores y de los condenados, o para amnistía general o particular, o remisión, o letras de perdón.* Vs. BODINO, 3.4, p. 334.

Así, indica Bodino, *puede ocurrir, con arreglo al derecho que unos ciudadanos estén exentos de todas las cargas, contribuciones o impuestos a las que están sometidos los demás*; este es el caso de Francia, nos dice Bodino¹⁶⁸, respecto a lo cual tenemos una infinidad de ejemplos en nuestras leyes¹⁶⁹. En otros lugares, los ciudadanos se dividen en tres estamentos: el eclesiástico, la nobleza y el popular, distinción que se observa en casi toda Europa nos dice Bodino¹⁷⁰, con participación en la dieta más o menos equilibrada. En Venecia, en cambio, se clasifican en gentilhombres, ciudadanos y plebe. Esto prueba, según Bodino, que no existió ninguna República donde todos los ciudadanos fuesen iguales en todos los derechos y prerrogativas¹⁷¹.

12. Ciudadano según Henning Arnisaeus

Para el autor Luterano Henning Arnisaeus, ciudadano no es aquel que está más sometido, sino aquel que participa mayormente en el gobierno de la ciudad¹⁷². En este caso se retorna al criterio aristotélico, asignándole el carácter de ciudadano solamente a aquellos individuos que por medio del sufragio ejercen su voluntad en la sociedad. Magistrados y ciudadanos parecen identificarse: *Sit igitur civis: socius multitudinis, qui particeps est suffragiorum et juris de republica statuendi*¹⁷³. De acuerdo a esta definición, el ciudadano confluye tanto en el acto electivo como en la generación de los derechos de la majestad, al modo de constituyente. Además, en su condición de magistrado sólo a él le compete decidir los asuntos que el soberano le encomienda. Sin embargo, esto ocurre más por su excelencia que por su condición de ciudadano. Aun cuando en la mayoría de los casos, los ciudadanos son al mismo tiempo magistrados, no acepta Arnisaeus por válida la doctrina de Aristóteles respecto a la estrecha relación existente entre el magistrado y el ciudadano. La participación del ciudadano en la magistratura y en forma electiva en lo político, es una característica acentuada del Sacro Imperio Germánico, no así en el resto de los Estados europeos del siglo XVI¹⁷⁴. Es preciso recordar el aporte de Martín Lutero a la secularización del poder (Doctrina de Dos Reinos) y el proceso de individualización removido por la certidumbre teológica de la auto salvación por parte del individuo y el sacerdocio universal que obliga a la participación de cada uno en todo.

Volviendo a la definición anterior de Henning Arnisaeus, lo más novedoso de ella es su carácter constituyente y generador de los derechos de la majestad. Su

¹⁶⁸ Vs. BODINO, *Rep.*, p. 71.

¹⁶⁹ Vs. BODINO, *Rep.* Ibid.

¹⁷⁰ Vs. BODINO, *Rep.*, 1.6, p. 72.

¹⁷¹ Vs. BODINO, Ibid.

¹⁷² Vs. HUESBE LLANOS, *La Recepción* (n. 42) p. 200 ss.

¹⁷³ Vs. ARNISAEUS, *De Rep.* (n. 94), 1.5, sec. 5, n. 30, p. 227.

¹⁷⁴ Vs. ARNISAEUS, Ibid.

sustentación por medio de las funciones que ejercen los magistrados y la generación de instituciones se desprende de los derechos. Así, del derecho a nombrar magistrados tenemos el advenimiento de la burocracia, pero también el carácter privativo¹⁷⁵ del derecho cuando el poder soberano genera la suma de los cargos que existen en la República a partir de la voluntad de una sola persona. Para la mayor parte de los autores queda por entendido que el príncipe ha recibido la totalidad del poder originario de la comunidad, lo que le faculta para distribuirlo conforme a las necesidades de la República. Por otra parte, tales poderes no pueden considerarse de absoluto dominio, como sería en el caso de la República, pues ésta los tiene *propter se ipsam*, mientras que el rey los tiene sólo *propter rempublicam*¹⁷⁶. Luego, el príncipe sólo puede dispensar los cargos *propter utilitatem reipublicae* y no debe concederlos para favorecerse a sí mismo o algún otro individuo o grupo de individuos.

De todo esto se desprende que el príncipe solamente puede hacer concesiones que no lesionen la majestad de la soberanía, ya que todo aquello que fuese concedido en perjuicio de la soberanía y en perjuicio de la República, va también en perjuicio de la comunidad. Siendo el fin de la ordenación política el buen gobierno de la comunidad, el príncipe no puede resolver en contra de ella. El príncipe debe tener muy presente que parte de su jurisdicción la cederá en beneficio del buen gobierno sin que la soberanía (*propter rempublicam*) se perjudique, creando un fraccionamiento de la *majestas una et indivisibilis*. Las funciones que debe cumplir el magistrado serán legales y legítimas siempre que no perjudiquen la buena marcha, armonía y equilibrio del poder soberano. El funcionario no debe amenazar la estabilidad de la República. Siendo el príncipe el celador, guardián y responsable de la *utilitas reipublicae*, deberá también el magistrado impregnarse de todas las virtudes del príncipe. La diferencia no estaría en el grado de responsabilidad, sino en la sanción de la cual es acreedor el responsable de actos contrarios a la República. El príncipe, teóricamente, estaría en entredicho si atenta contra actos naturales de la vida política, como la constitución y orden de la familia o del Estado y pérdida del poder soberano. Respecto a la cautela de la familia, sólo en tanto que la desintegración de la vida familiar genera la ruina del Estado. El magistrado, en cambio, sufre todo el peso de la ley, debiendo asumir la responsabilidad con su patrimonio en caso de pérdidas materiales compensables, o con la pena de privación de su libertad o con su vida, si su responsabilidad se refiere a actos que originan un daño en contra de la naturaleza política o religiosa del Estado. En todo caso, es evidente que el magistrado está siempre sometido al derecho penal, manifestación de la soberanía, cuando vulnera los bienes públicos o no cumple con sus funciones debidamente, pudiendo en este caso solamente apelar al derecho que posee el soberano de perdonar en última instancia según su real placer¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Entendido como totalidad y no de acuerdo a la acepción política contemporánea de totalitarismo.

¹⁷⁶ Vs. GARCÍA MARIN, *La Burocracia Castellana bajo los Austrias* (Sevilla 1976), p. 25 s.

¹⁷⁷ Los juristas, desde el siglo XVI en adelante, denominan a esta facultad del soberano como un

13. Residencia y Poder Central

Otro elemento político interesante es la residencia o localización de la función de los oficios o magistrados en un punto determinado¹⁷⁸. Así como el príncipe establece un centro político, también los funcionarios gravitan en torno al centro establecido por el soberano. Puesto que el eje se establece en un lugar geográfico convenientemente escogido, como Madrid, Berlín y Copenhague, o, históricamente establecido como Roma, París y Londres, debemos aceptar que la radiación política adquiere una particular distribución de funciones. Todas ellas desprendidas del centro, pero fuertemente atadas al poder central, que analógicamente genera instituciones inferiores, como intendencias, gobernaciones, municipios o capitanías generales, presidencias o virreinos que, en conjunto, procuran administrar en beneficio del poder común. De este modo podemos avanzar en una caracterización de la Institución de la magistratura. Arnisaeus sostiene que el poder de que gozan los magistrados es transferido de forma secundaria, precaria y delegada, y queda sobrepuesto jerárquicamente, constituyendo una parte del todo de la burocracia.

La investigación actual ha podido probar la existencia de una Cámara de Gobierno (Kammerregierung) en las residencias principescas alemanas, y no como excepción -debido a la fuerte personalidad de algunos señores -sino como una regla. La localización del centro político se intensifica en la Reforma pues ésta pretende reparar drásticamente al Estado de cualquier tipo de dependencia respecto a Roma¹⁷⁹. El consejo privado surge como una prolongación de la cámara de trabajo del príncipe y gradualmente se convierte en *collegium* ordinario que funciona con regularidad, el cual interviene tanto en los asuntos de carácter político externo como en relación con la administración general del territorio. Este sistema político centrado en la Residencia es especialmente válido para todos los territorios alemanes entre los años 1495 a 1806. Esta es, sin duda, una victoria política de la burocracia¹⁸⁰. También surgió un modo preciso de operar por parte de los

derecho propio de la Soberanía. Vs. HUESBE LLANOS, *Untersuchungen* (n. 47) p. 138 ss. Tb. el trabajo de Harro Höpfl, apoyado por la dirección de la Escuela de Cambridge (J. G. A. Pocock) escribe, HÖPFL, Harro, *The Christian Polity of John Calvin*, Cambridge 1982 pp. 5-218.

¹⁷⁸ *Das wechselnde Hoflager verwandelt sich dabei in eine feste Residenz, und in dieser entsteht der staatliche Machtapparat*. MEISNER, H. O., *Staat-und Regierungsform in Deutschland seit dem 16. Jahrhundert* (Darmstadt 1967), p. 227. Meisner considera que la camaralística alemana habría originado no sólo la burocracia (p. 231), sino también precisa que del dualismo administración-corte surge la democracia política prusiana-alemana de nuestro tiempo, especialmente desarrollada en Prusia y en todos los restantes estados territoriales. Vs tb. GIERKE, Otto, *Das genossenschaftsrecht* (4 T de 1868-1913), 1, p.535d tb. OESTREICH, Gehard, *Das persönliche Regiment der deutschen Fürsten am Beginn der Neuzeit, en Die Welt als Geschichte* (1935), 1.

¹⁷⁹ Vs. Ingrid SCHEUERMANN (editora), *Die Wissenschaft von Kameralprozess en: Frieden durch Recht*. (n. 53) pp. 159-169.

¹⁸⁰ Vs. MEISNER, H. O., *Zur neuere Geschichte des Preussischen Kabinetts. Forschungen Zur*

consejeros, lo que se desplaza hacia una forma jurídica, estableciendo un orden de los negocios con preguntas precisas y votos que resuelven por mayoría. A este proceso se agrega la elaboración aún más precisa de un protocolo que determina el procedimiento. También la fijación del domicilio es indispensable para el censo de los habitantes y los consiguientes beneficios que se adquiere para la buena ejecución de la administración para efectos de impuestos, defensa, control político y otras más. Además conviene llamar la atención sobre las reformas de la Constitución del Imperio introducidas en 1495-1555¹⁸¹.

14. Origen y rasgos de los cargos públicos

Los autores están de acuerdo en concederle a las instituciones en general virtudes que las hacen semejantes entre sí. Las peculiaridades o rasgos que presentan las magistraturas y los oficios, en cambio, permiten diversificar los tipos de magistrados u oficiales existentes. Estas peculiaridades son substancialmente tres: mando, duración y carácter ordinario. El magistrado que posee estos tres rasgos es el funcionario prototipo dentro del esquema burocrático del naciente mundo moderno. Sin embargo, históricamente el desarrollo de la burocracia no es definido y menos sistemático. De este modo en el Estado Territorial sobreviven las diversas formas administrativas que se generan en la época greco-romana; tal es el caso de la colegialidad institucionalizada en el Senado, junto con aquellas vigentes durante el mundo cristiano feudal, tales como privilegios o señoríos, o bien cargos eclesiásticos temporales. A esto se añade la variedad de los oficios y cargos que se generan por efecto de la centralización del poder o cortesanos que pululan en torno al monarca, más aquellas funciones que exigen las necesidades generales de la obediencia, participación, institucionalización de derechos soberanos, utilidad pública, protocolo o cancillería, procedimiento y apelaciones.

Debemos reconocer que resulta sumamente complejo clasificar los tipos de magistraturas. No obstante la patrística del Estado moderno admite una división general que se basa en dos tipos. En primer lugar se considera el Senado y Consejo de Estado. Luego, los oficiales, los comisarios¹⁸², y las corporaciones¹⁸³, y fi-

bradenburgischen und preussischen Geschichte 36 (1924), p. 231. Vs. I. SCHEUERMANN (n. 53) pp. 35-221.

¹⁸¹ Vs. WILLOWEIT, Dietmar, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, Colonia 1975. Especialmente sobre la *superioritas territorialis*, pp. 121-184. Tb. la colaboración de DUCHHARDT, Heinz, *Das Reichkammergericht im Verfassungsgüge des Alten Reiches*, en: *Frieden durch Recht*, (n. 53) pp. 174-191.

¹⁸² Vs. NUTH, H., *Der Staat als Anstalt*, en: *Reich, Volksordnung, Lebensraum* 3 (1943), p. 191 s.

¹⁸³ Los comisarios son cargos extraordinarios que subsisten paralelamente a la administración permanente. Por su importancia deben ser tratados en un estudio separado. Bodino recoge con gran acierto la descripción de sus características y significado. No pueden ser considerados oficios, los cuales son ordinarios y perpetuos. BODINO, *Rep.*, 3.2, p. 308. *La comisión es de tal naturaleza que expira en el momento en que el cargo se ejecuta, aunque no sea revocada o*

nalmente los gremios y universidades¹⁸⁴. De estos últimos, es el oficial el más importante para el establecimiento institucional de la administración del Estado moderno.

15. El Senado

Respecto al Senado o Asamblea no se discute el derecho que posee el poder soberano a nombrar Magistrados. Sin embargo, los argumentos en defensa del monarca para nominar a los miembros del Senado o Consejo son suficientemente cuidadosos y sofisticados, con el objeto de lograr en lo posible de hacer depender totalmente del soberano esta facultad¹⁸⁵. Es preciso distinguir, por lo menos, entre la

fuese de mayor duración que la ejecución y, en todo caso, puede ser revocada cuantas veces quiera quien la dio, se haya o no cumplido la comisión. BODINO, *Rep.*, 3.2. p. 309 s. Nuestro autor los clasifica según quién designe la comisión propuesta. Para esclarecer brevemente las diversas clases de comisarios -sea para el gobierno de las provincias, para la guerra, para la justicia, para la hacienda, o para cualquier otra materia que atañese al Estado-, *debemos señalar que las comisiones emanan del príncipe soberano, de los magistrados o de los propios comisarios designados por el soberano.* Los comisarios se designan entre los oficiales o los particulares. BODINO, *Rep.* 3.2, p. 312. De lo expuesto se deduce que los comisarios designados por el soberano -sean magistrados o particulares-, pueden comisionar a su vez a otros, salvo si se prohíbe expresamente en la comisión, o se trata de negocios de Estado. BODINO, *Rep.* Ibid, 3.2, p.313 s. La comisión cesa cuando el comitente muere, revoca o el comisario obtiene magistratura u oficio igual a aquel que es titular el comitente. BODINO, *Rep.* Ibid, 3.2, p. 221.

¹⁸⁴ Respecto a las corporaciones y gremios vs. COORNAERT, Emile, *Les corporations en France avant 1789* (París 1968). La descripción dada por Bodino puede centrar al lector en algunas consideraciones que se tienen en cuenta en el siglo XVI para analizar esta materia: Las clasifica en dos tipos al afirmar que *todas las corporaciones y colegios son instituidos con fines religiosos o políticos.* Los de la segunda clase se establecen para la distribución de la justicia, para el reparto de los cargos, para la determinación de las provisiones y mercancías que se precisa importar o exportar, para los oficios necesarios a la república, o para la educación e instrucción. Puede acontecer que el colegio sea particular de un oficio, de una ciencia, de una determinada mercancía o de una determinada jurisdicción. También puede suceder que varios colegios se unan en una corporación, por ejemplo, todos los artesanos, todos los mercaderes, todos los licenciados o todos los magistrados. Puede también ocurrir que todos los colegios particulares tengan derecho de comunidad general o universidad, o que, no sólo todos los colegios y comunidades, sino también todos los habitantes, unidos a las corporaciones y colegios de una ciudad, de una región, o de una provincia, tengan derecho de comunidad para reunir los Estados. Además, el derecho de colegio puede ser concedido a cada oficio en particular y prohibido en general, pudiendo cada uno tener reglamentos, estatutos y privilegios particulares diferentes. Podemos pues, decir que toda corporación o colegio es un derecho de comunidad legítima, bajo el poder soberano. La palabra legítima se refiere a la autoridad del soberano, sin cuyo consentimiento no existe ningún colegio. Se refiere igualmente, a la calidad de los colegios, al lugar, al tiempo, a las formas de reunión y a la competencia de la asamblea. La palabra comunidad significa que no hay colegio si no hay algo en común. Pero no es necesario que todo sea común, basta que la asamblea sea común a todos los colegiados, que haya un síndico y algún dinero en común.- En cuanto al número de colegas, es indiferente siempre que no sean menos de tres. BODINO, *Rep.* Ibid, 3.7, pp. 383-384.

¹⁸⁵ Para las Universidades vs. el excelente trabajo de AJO y DE ZÚÑIGA, Sainz, *Historia de las*

asamblea legítima de los consejeros del Estado para dar consejo a quienes detentan el poder soberano de la República¹⁸⁶, denominada Senado y el que *tiene potestad de mando en la República*¹⁸⁷. El Senado solamente existe en virtud de la necesidad personal del gobernante de conocer la opinión de otras personas con el objeto de tener un sabio consejo. Nada confiere mayor autoridad a las leyes y mandatos del príncipe, del pueblo o del gobierno aristocrático que someterlo al parecer de un prudente consejo. El Senado o consejo del príncipe es una asamblea legítima en cuanto posee la potestad conferida por el soberano para reunirse en el tiempo y en el lugar prescrito. Estos hombres prudentes deben estar preparados por *una práctica continua a oír, considerar y resolver los asuntos importantes*¹⁸⁸. El senador virtuoso y prudente debe desprenderse, al entrar al consejo, de la benevolencia para unos, del odio para otros y de su propia ambición y no proponerse otro fin que la honra de Dios y la salud de la República. Respecto a las cualidades objetivas que debe poseer el consejero, Bodino indica que conviene que el senador posea conocimientos, en especial de jurisprudencia, historia y política, pero también buen juicio, integridad y prudencia. Además se considera conveniente que el consejero no dependa del príncipe, ni por homenaje ni por relación recíproca. Pese a todo, señala Bodino, esto último es un mal frecuente en el consejo de los príncipes.

Todos los autores están de acuerdo que el número de consejeros no debe ser excesivo. No debe tomarse en cuenta, dicen los tratadistas, el número de senadores por consideración de la población, ni por satisfacer la ambición de los ignorantes (condición propiamente honorífico), ya que los consejeros solamente deben ser escogidos por la virtud, prudencia y desprendimiento personal¹⁸⁹. Todos estos rasgos exigidos al consejero no deben sorprendernos, ya que la teoría política medieval no ha pasado sin dejar profundas huellas en la tradición europea. Es decir, servir al príncipe cuando éste lo pide, sin poder rechazar el servicio solicitado¹⁹⁰.

Universidades Hispánicas (Madrid 1957), especialmente recomendable es su bibliografía p. 117-164; tb. Manuel FERNANDEZ ALVAREZ, et alt. *La Universidad de Salamanca*. La Universidad de Salamanca, 3 (Salamanca 1989-1990).

¹⁸⁶ En este trabajo se ha evitado hacer una exposición detallada de las funciones que desempeñan los Parlamentos en el Estado Territorial, puesto que estamos elaborando un estudio especial para analizar su significado histórico-jurídico. Tb. Véase HUESBE LLANOS, *Untersuchungen* (n. 47), especialmente la parte segunda, capítulo 5: *Die Teilung der Staatlichen Macht als politisches Ziel*, pp. 120-149. Del mismo. *Historia de las Ideas Políticas* (n. 47) pp. 270-345.

¹⁸⁷ Vs. BODINO, *Rep.* 3.1, p. 284.

¹⁸⁸ *Magistratus est officialis qui publicum imperium habet*: BODINO, *Rep.* Ibid, 3, 2, p. 206.

¹⁸⁹ *Il faut que les Seigneurs soyent resolut par une longe exercice d'oüy; pezer, et resoudre les grandes affaires*. BODINO, Ibid, 3, 1, p. 287.

¹⁹⁰ Vs. BODINO, Ibid. Vs. También, HUESBE LLANOS, *La Virtud* (n. 158), pp. 159-161.

16. Origen y Composición del Consejo

Parlamentos y Colegiaturas

Todas estas características se le atribuye preferentemente a la nobleza que a otros estamentos de la sociedad. Una ley de las *Siete Partidas* indica que: *Saber usar de la nobleza es claro ayuntamiento de virtudes; por ella los caballeros deben ser mucho honrados por tres razones: primero, por la nobleza de su linaje; la segunda, por su bondad; la tercera, por la prosa que de ello viene*¹⁹¹ Esta ley tomada de la costumbre enseña el cuidado que debe tener el Rey para escoger a sus hombres para el buen gobierno del reino, dice que este conocimiento consiste *en saber que linaje viene de costumbres, y de qué manera son, y qué hechos hicieron*¹⁹². Además la tradición histórica nos recuerda que Luis XI, Rey de Francia, se servía de su sastre por heraldo o rey de armas, y de su barbero por embajador, y del médico por gran Canciller, que fue causa que toda la nobleza del reino se rebelase contra él y pusiese en peligro el Estado. La nobleza (dice Bodino) no debe precipitar la República a su ruina por pérdida de virtudes, como preservar la honra, velar por la justicia, desprendimiento en lo terrenal, laboriosidad y estado de cristiana austeridad y caridad¹⁹³.

Sin embargo, el representante de la contrarreforma y crítico de N. Maquiavelo el español y biógrafo de Ignacio de Loyola, Pedro Ribadeneyra sostiene, a fines del siglo XVI, en 1595, que así como el príncipe debe tener siempre fijos los ojos en la justicia para dar a cada uno lo que es suyo con igualdad, debe también procurar que los súbditos hagan lo mismo sin perjuicio de nadie. Así también, y ante todo, el príncipe debe entender que las honras y riquezas que poseen son más de la República que propias suyas. Solamente las debe repartir por razón fundada en merecimientos hechos a su persona o a la República. De este modo, el rey o el reino hacen un cuerpo y todo servicio que se hace al rey redundará en pro del mismo reino¹⁹⁴. Por razón del bien común, el príncipe posee el derecho de solicitar los servicios de los súbditos del reino y asimismo los súbditos deben prestar servicios al rey, ya que si el súbdito se niega a esto lesionaría la majestad y se perjudicaría a sí mismo. Desde luego, Pedro Ribadeneyra ya no considera sólo a la nobleza como el único estamento meritorio para ejercer los cargos de consejeros o ministros. Para Pedro Ribadeneyra las virtudes pueden ser ejercitadas y transformadas en un hábito permanente en cada uno de los hijos de Dios, pues tiene la convicción que por medio de la educación, gran descubrimiento de efecto democratizador

¹⁹¹ *En el mandatum regis*, del derecho anglosajón se percibe claramente en esta idea; Vs. SCHRAMM, Percy Ernst, *Geschichte des englischen Königstums im Lichte der Krönung* (Darmstadt 1970), pp. 180-187.

¹⁹² Vs. PARTIDAS 1 (n. 23), 2, lib. 7, tit. 21, ley 2.

¹⁹³ Vs. PARTIDAS 2 (n. 23), lib. 7, tit. 21, ley 2.

¹⁹⁴ Vs. MANDROU, R., *L'Europe Absolutiste. Raison et raison d'Etat. 1649-1775*, (París 1977), p. 14 sig.

de la época, se puede modificar la sociedad y las costumbres. En este caso, se refleja en el biógrafo de la Compañía de Jesús el espíritu de su orden. Optimista y liberalizante, cree Ribadeneyra que todo individuo debidamente educado puede tener acceso a todas las magistraturas. Basta la disposición permanente del individuo para orientar las obras en función del bien último y supremo.

La cuestión definitiva es si debe el príncipe confiar su gobierno en aquellos hombres que supuestamente están más cerca de las virtudes propias y requeridas para el buen gobierno. La nobleza poseedora de esas supuestas cualidades, estaría básicamente en condiciones de participar en forma exclusiva en el Consejo del Rey. Como es sabido la Corte del Parlamento de París fue el antiguo Senado del Reino de Francia¹⁹⁵. Pero, cuando el Parlamento de París se convirtió en instrumento deliberante de los estamentos en su totalidad, perdió por esta misma razón la efectividad y confiabilidad por parte de los monarcas franceses¹⁹⁶.

El *Rigtag* (Parlamento) de Dinamarca constituye una realidad muy semejante. Allí los estamentos adquieren una preponderancia tal que están en condiciones de limitar el poder soberano del monarca durante varios siglos, hasta la mitad del siglo XVII. La revolución burguesa de Copenhague en 1662 buscó poner término a las Capitulaciones electorales de la Dieta danesa impuesta por el estamento de la nobleza al rey cada vez que debía ser elegido¹⁹⁷. La burguesía finalmente le entrega al monarca la facultad absoluta de gobernar en forma absolutista y hereditaria para cumplir con los propósitos que propicien y favorezcan el mejor gobierno del reino¹⁹⁸. Dinamarca pasa a ser el primer reino europeo gobernado sin la nobleza y con el apoyo de la burguesía. En Alemania, en cambio, la Dieta mantiene el carácter estamental y diversificado en su composición. Esta sobrevive dentro del Imperio hasta la imposición hegemónica de Prusia en 1870. Prusia es el Estado territorial burocrático y burgués prototipo europeo cuyo origen, desarrollo y fin están estrechamente ligados; de ella nos queda la imagen del funcionario competente y especializado que predominará a comienzos del siglo XX. La virtud de obediencia y el ordenamiento jurídico del Estado prusiano posibilitó el surgimiento de una potencia central en Europa que vino a llenar el vacío de poder dejado por el Imperio alemán e impidió el avance de Rusia tradicional hacia las regiones occidentales de Europa. En Austria las reformas políticas de Fernando II, los requerimientos de la Reforma, el ingreso urgente de oro y plata venida de las Indias a través de España y la diversidad de intereses de los diferentes conglon-

¹⁹⁵ Vs. RIBADENEYRA, P., *Tratado de la Religión y Virtudes que debe tener el Príncipe Cristiano para gobernar y conservar sus Estados* (1ª ed.: Madrid 1595). Usamos ed. de 1788 reimpressa en Buenos Aires, 1942 2, 6, 112.

¹⁹⁶ Vs. DAUCHY, Serge, *Das Parlament de París. Höchster Gerichthof in Frankreeich en: Frieden Durch Recht* (n. 53) p. 365-373.

¹⁹⁷ Vs. FABRICIUS, Knud, *Kongeloven*, (n. 35) pp. 60-102, Tb. HUESBE LLANOS, M., *Historia de las Ideas* (n. 47) pp. 349-356.

¹⁹⁸ Vs. ZELLER, G., *Les Institutions de la France au XVI^e siècle* (París 1948), p. 148. Vs. Tb. La excelente recopilación crítica editada por I. SCHEUERMANN (n. 53) pp. 35-221.

merados humanos que constituyen el Imperio, obligaron a la corte vienesa a una rápida creación de Consejos especializados. Se aleja la posibilidad de un Parlamento eficaz. La burocracia austríaca llega a ser la más dúctil de toda Europa, todo lo contrario de la Prusiana, sistémica e inflexible. Ambas generan dos tipos humanos muy diferentes entre sí. La descripción de la realidad austríaca la encontramos en los escritos de Franz Kafka, especialmente en su obra *El Castillo*¹⁹⁹ Thomas Mann, en cambio describe en su épica *Los Buddenbrooks*, con trazos impresionantes las características de una Alemania, constituida por muchas Culturas diversas, que se aprecian en ciudades como Bremen, Lübeck, y Hamburgo, todas ellas de recia tradición Luterana²⁰⁰.

17. Consejo Sin Poder Resolutivo

En Francia, en cambio, el Parlamento de París, y más tarde los Estados Generales, evolucionaron de un conglomerado deliberante sobre todas las cuestiones del reino, luego especializándose posteriormente en materias legislativas, para que finalmente se convierta solamente en una fachada política ineficaz. Los Monarcas, al avanzar en la época contemporánea van a preferir a hombres leales y de confianza y no individuos críticos. Gradualmente se constituyen instancias que adquieren funciones específicas. Así surge otra forma de gobernar; primero se creó el Gran Consejo, luego el Consejo Privado y finalmente el Consejo Restringido²⁰¹. En este último se resuelven los asuntos más importantes, sobre los cuales han deliberado el Consejo Privado y el Consejo de Hacienda²⁰², debido al exceso de necesidades económicas del Gobierno Francés. El consejo Restringido gene-

¹⁹⁹ Vs. HUESBE LLANOS, *Lex Regia* (n. 80), p. 96-97.

²⁰⁰ Vs. MANN, Thomas, *Los Buddenbrooks*, Barcelona 1975, 2 Vol. Esta obra considero constituye la gran épica de la burguesía de viejo cuño del siglo XX.

²⁰¹ Vs. VON SRBIK, Heinrich, *Deutsche Einheit*. (Darmstadt 1963) T. 2, p. 216; también KAFKA, F., *Der Schloss* (New York 1946), p. 433.

²⁰² Vs. BODINO, *Rep.* 3, 1, p. 293. Un estudio de los diferentes tipos de Consejos y sobre el Senado vs. en: ZELLER, G., *Les Institutions* (n. 198), pp. 111-114; tb. DOUCET, R., *Les Institutions de la France au XVI^e. Siecle* (París 1948), p. 131 ss. Para Inglaterra: WILLIAMSON, J. A., *The Tudor Age* (London 1948). (Una historia de 9 volúmenes). Para Alemania vs. SELDMAYR, *Die rechtliche Natur des Königlichen Kabinet in Württemberg*. (1911); ROSENFELD, L., *Geheime Kanzleien und Kabinett in Hessen-Kassel, en Zeitschrift für Hessische Geschichte* 51 (1917); MEISNER, H. O., *Zur neure Geschichte des Preussischen Kabinetts* (n. 175); HAHLEWEG, W., *Die Grundzüge der Verfassung des Sächsischen Geh. Kabinetts 1763-1831, en Zges. St. W.* 103 (1942); HELBIG, H., *Der Vettinische Ständestadt* (Köln 1955); ANGERMEIR, H., *Bayern u. Der Reichstag von 1495; en HZ.* 224, Helf 3 (1977); STÜRMER, M., *Höfische Kultur und frühmoderne Unternehmer*, en H. 2. T. 229, Helf 2 (1979). Para toda Europa es importante SWART, K. W., *Sale of Offices in the Seventeenth Century* (Den Haag 1949). Para Holanda y Países Bajos y Norte de Alemania STEINBACH, Helmut, *Die Reichsgewalt und Niederdeutschland in nachstaufescher Zeit* (Stuttgart 1968). SCHEUERMANN, I (n. 53) Aquí figuran los documentos constitucionales hasta 1806, Tb. ARETIN (n. 10).

ralmente constaba de dos o tres personas, *de las más próximas y de fiar*²⁰³. Los consejos asumen la responsabilidad política de los parlamentos o cortes, donde quedan confinados los privilegios, como es el caso de las cortes españolas²⁰⁴.

Respecto a los asuntos de competencia del Consejo, depende de las ocasiones y de los negocios que se traten. Según Bodino, primero se delibera respecto a los asuntos que concierne a la religión. En segundo lugar, se debe tratar aquellos asuntos de Estado que son más urgentes y pertenecen a la cosa pública, tales como la guerra y la paz. Sin embargo, el Consejo no debe interferir la jurisdicción de los magistrados. Textualmente señala Bodino: *Quienes convierten al Senado y al Consejo Privado en una especie de cajón de sastre, rebajan grandemente su dignidad*²⁰⁵ salvo que el asunto sea de tal importancia que merezca la consideración del Senado. Pero, *el Senado se instituye para dar su parecer a quienes detentan la soberanía, porque en una República bien ordenada el Senado no debe tener Imperio, ni dar órdenes ni ejecutar sus consejos y deliberaciones, todo lo cual compete a quienes detentan la soberanía*²⁰⁶. El Consejo Privado, en cambio, casa las sentencias y las decisiones de los magistrados y de los tribunales superiores, pero no significa que tengan potestad, ya que las decisiones del Consejo Privado no emanan en absoluto de él y sólo por comisión y en calidad de jueces extraordinarios pueden ejecutar una sentencia agregando las palabras: *por el Rey en su Consejo*²⁰⁷.

18. Tipos de Consejos

De este modo hemos tratado los rasgos más esenciales del Senado, del Gran Consejo y del Consejo Restringido. Estas tres instituciones poseen las mismas características: solamente pueden emitir un parecer y sólo por comisión extraordinaria pueden ejecutar una acción de cualquier índole, pero carecen de la facultad de mando y del rango de perpetuidad que son características propias del magistrado o del oficial respectivamente; sus miembros tradicionalmente proceden de la nobleza. Por todos estos motivos no pueden ser considerados magistrados y oficiales propiamente tal, no obstante, juegan un papel importante en la administración del reino y a menudo se confunden hasta en las atribuciones que poseen. Dada la delicadeza de las materias que deben abordar, es frecuente además, que una o más

²⁰³ *...le conseil estroit ou les resolutions son prises, des plus grandes affaires deliberees au paravant au conseil privé, et conseil des finances, si les choses meritent qu'on les raporte...* BODINO, *Rep.*, 3. 1, p. 293.

²⁰⁴ *...les Princes ont tousiours en un conseil estroit de deux ou trois, des plus intimes et feables:* BODINO, *Ibid.* p. 293.

²⁰⁵ Vs. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho* (n. 23) T.1. 1380, p. 797 s.

²⁰⁶ Vs. BODINO, *Rep.*, 3.1, p. 300.

²⁰⁷ *Le Senat d'une Republique bien ordennee, ne doit point avoir puissance de cómander, ny decerner mádemens, ny mettre en execution fes aduit et deliberations: mais il faut tout rapporter à ceux qui la souveraineté.* BODINO, *Rep.* *Ibid.*, p.301.

personas pertenezcan a los tres tipos de consejos a la vez. Los consejos, en general, establecen normas concretas o regulan la administración con el objeto que los oficiales puedan tener disposiciones de criterio y procedimiento cuando deban tomar una decisión. El papel del Consejo del siglo XVI radicó precisamente en esclarecer la voluntad del rey, de tal modo que no quede duda de sus propósitos, tanto para la administración como para los súbditos comunes. Si bien no pertenecen propiamente a la administración debemos aceptar que el estudio sobre sus ocupaciones, acuerdos, conductas y proposiciones es revelador para comprender el ordenamiento del Estado moderno desde el punto de vista administrativo.

19. Burocracia ordinaria

Para poder entender aquello que en el siglo XVI se define posteriormente como administración y burocracia, es necesario recordar que el poder soberano tiene como meta política una República bien ordenada. En este caso, deberemos suponer que el orden de la República dependerá especialmente del tipo de administración que un Estado posea. Los autores conceden que es el príncipe y sus consejeros quienes deben virtuosamente poseer las condiciones necesarias para administrar por sí solos la República. No obstante, la República puede existir sin el Consejo²⁰⁸, porque el príncipe puede ser tan sabio y prudente que no encuentre mejor Consejo que el suyo²⁰⁹. De este modo las líneas de la administración de la República pueden ser exclusivamente decisión del monarca; sin embargo, la administración de la República no puede ser ejecutada cómodamente por una sola persona, y así como el príncipe debe guiarse por el parecer del Consejo, *dado que el esplendor y belleza de la sabiduría son tan raros entre los hombres*²¹⁰, con mayor razón el príncipe debe considerar a los oficiales puesto que estos son *el elemento principal de la República* en la ejecución de su voluntad²¹¹.

Oficiales ordinarios

Los oficiales constituyen, en general, un conjunto de funcionarios que tienen carácter público y su función es ordinaria. El oficial, dirá Bodino, es una persona pública y obtiene su cargo por un edicto y sólo se constituyen en virtud de una ley expresa o edicto. Esta facultad de nombrar oficiales le compete sólo al príncipe o poder soberano²¹². Debemos agregar que su trabajo es remunerado, generalmente mediante el pago de dinero, especialmente los oficios de guerra y los oficios menores²¹³.

²⁰⁸ *Par le Roy en son Conseil*, BODINO, Idem.

²⁰⁹ Vs. BODINO, *Rep.* Ibid., p. 211.

²¹⁰ Vs. BODINO, *Rep.* Ibid, p. 283-284.

²¹¹ Vs. BODINO, Ibid, p. 285.

²¹² Vs. BODINO, Ibid, 3.2, p. 306.

²¹³ Vs. BODINO, Ibid, 3.2, p. 308.

Los autores no discuten si es el poder soberano quien debe nombrar a los oficiales y si por esta razón poseen carácter público, o bien si su especificidad se debe al conjunto de actos que ejecutan en beneficio de la comunidad. Así, las funciones comunes de servicio a la sociedad son responsabilidad de un conjunto de personas especializadas y competentes por ejercicio. Estas poseen un nombramiento para desempeñar un oficio determinado. Todas las discusiones sobre las magistraturas aumentan el significado que gradualmente adquiere el Derecho Público en todas las esferas político-administrativas del Estado Moderno. En todo caso, la administración parece adquirir un sentido de servicio a la comunidad y no de prestación personal. Servicio que será público y remunerado por toda la sociedad beneficiada mediante el pago de dinero que se adquiere por la vía de los impuestos²¹⁴.

20. Magistrados y Derecho Público

Sus efectos en el Ordenamiento Constitucional del Estado Moderno

Todos los oficiales quedan sujetos al derecho público, que prescribe normas prácticas, sugeridas por los gobernantes y a estos por los juristas. Diego de Covarrubias y Leyva en *Practicae Questiones*, aborda la sociedad civil desde el punto de vista del orden de la comunidad y sugiere enmarcar todos los asuntos que a ella le competen dentro de un derecho público idéntico a la República. Así el magistrado queda sometido a los intereses del Estado y al Imperio del buen gobierno²¹⁵. Bodino indica con mayor énfasis que *la souveraineté, il faut qu'il y ait quelque chose de commun, et de public: comme le domaine public, le tressor public, le pourpris de la cité, derues, les murailles, les places, les temples, les marchesz, les usages, les lois, les coustumes, la iustice, les loyers, les peines...qui sont ou communes, ou publiques...car ce n'est pas republique, s'il n'y a rien de public*²¹⁶. La República

²¹⁴ Vs. HUESBE LLANOS, M., *Institucionalización del Estado Moderno. Teoría de los "iura majestatis"* (404 páginas). Editorial Edeval, Valparaíso 1999, pp. 212-246.

²¹⁵ Bajo el nombre de oficios de guerra y menores califica Bodino a la gran mayoría de los oficios públicos que no tienen mando efectivo sobre otros oficiales. En esta rúbrica están comprendidas generalmente todas las personas públicas a las que se constituye a título de oficio, de comisión o de simple dignidad, sin poder de mando. En tal caso, podemos dividir todos los oficios y dignidades de acuerdo con la diversidad de los cargos públicos a que cada uno se emplea: uno a las cosas divinas, otros a los negocios de Estado, éstos a la justicia, aquéllos a la hacienda, unos a las fortificaciones y reparaciones de las fortalezas públicas, otros a la provisión de víveres y cosas necesarias, quien a la guerra, para defender a los súbditos contra los enemigos, quien a la sanidad pública y limpieza de las ciudades, quien a los caminos, ríos, bosques, puertos y pasos. Todos estos cargos públicos se pueden dar a título de oficio, en comisión, o como simple dignidad sin mando o bien con poder de mando, o para la ejecución de los mandatos, como son los ministros de los magistrados, secretarios, notarios, ujieres, alguaciles y pregoneros. BODINO, *Rep.* 3.3, p. 331-332.

²¹⁶ *Dar erste -bei Covarrubias- das dem guten Fürsten nottut, ist die Gerechtigkeit, die für alle Amtsträger, von denen das Wohl des ganzen Staates abhängt.* REIBSTEIN, E., *Johannes Althusius*

es el único órgano eficaz que permite promover el bien particular y sin alterar el sagrado principio de la inviolabilidad de la propiedad familiar *car si la famille et la cité, le prope et le commun, le public et le particulier sont confiez, il n'y a ny Republique, ny famille*²¹⁷. Pues, de acuerdo, a Bodino, es la República, y no la familia, competente en los asuntos comunes a toda la sociedad *en cela gist la vraye difference de la Republique et de la famille. Car les chefs de famille on le gouvernement de ce qui leur est propre*²¹⁸, la familia no tiene jurisdicción sobre lo común o público ya que sólo le compete a la República su ordenamiento e institucionalización de todos los recursos que sean necesarios para su buen gobierno. Este principio es común para todos los Estados europeos de esta época. Cuando el español Diego de Covarrubias y Leyva, declara taxativamente que *majoria non transit ad populum*, sugiere la absoluta privacidad del príncipe en el manejo de la cosa pública²¹⁹. Por tanto, es el poder soberano o monarca quien nombra a los magistrados prescindiendo de toda otra causalidad como origen del poder, tradición contraria o voluntades opuestas.

Las nuevas situaciones de hecho que se producen con el advenimiento del Estado Territorial determinan que para el ordenamiento de la comunidad política, que ha experimentado grandes cambios, se califique de *ius publicum* al conjunto de normas que la regulan²²⁰. Esta es la razón por la cual la ordenación jurídica del naciente Estado no recoge ninguna Constitución propiamente tal. Esto hace que la Constitución Política de la Baja Edad Media y de la Moderna sea fundamentalmente no escrita. Por esta razón, el *ius publicum*, asimilado como tal al poder soberano, cualquiera que sea, será ordenado conforme a la teoría de los derechos de la majestad. Así, por ejemplo, la Constitución Dánica está de tal modo influida por esta tendencia, que enuncia uno por uno, en la parte constitucional, los derechos de la majestad; además prescribe el absolutismo o *enevaelde* (el Gobierno de uno) y establece la sucesión hereditaria como ley fundamental danesa (1665) el *Habeas Corpus* (26-05-1679) y el *Bill of Rights* (13-02-1679) de Inglaterra respectivamente.

Designación de los funcionarios

En Francia los edictos de nombramientos de oficiales se hacen públicos mediante las llamadas patentes de oficios²²¹. Los oficios pueden ser de reciente creación y en este caso van sellados con seda verde y roja. Todos tienen carácter perpetuo.

ALS Fortzsetzer der Schule von Salamanca (Karlsruhe 1955), p. 35. Cf. *Prima equidem pars, quam optimo Principi necessariam esse concedemus, ad justitiam pertinent...eamdem etenim omnibus magistratibus quibus totius Reipublicae satis continetur*: COVARRUBIAS, D., *Practicae quaestiones, in Opera Omnia* (Lyon 1584), Praefatio.

²¹⁷ Vs. BODINO, *Rep.*, 1.2, p. 10.

²¹⁸ Vs. BODINO, *Ibid*, p. 11.

²¹⁹ Vs. BODINO, *Ibid*, p. 12.

²²⁰ Vs. COVARRUBIAS, *Practicae Quaestiones* (n. 216), cap. 4.

²²¹ Vs. GARCIA-GALLO, *Manual*, (n. 23), N° 1169, p. 654 s.

Cuando se señala que poseen carácter perpetuo se está refiriendo tanto a los oficiales anuales como a los vitalicios²²², pues el oficio continúa vigente antes que la institución del magistrado se haya ejecutado por medio de un edicto, cualquiera que sea el plazo prescrito al oficial de reciente nombramiento. El oficial es, por lo tanto también perpetuo, hasta tanto no sea anulado por ley o edicto contrario²²³. Se entiende la perpetuidad a título de oficio y no de persona, de tal modo este rasgo genera aquello que es más propio de la burocracia administrativa. Surge la necesidad del cargo, luego se nombra la persona y en tercer lugar se le confiere al cargo el carácter de vacancia en espera que lo llene la persona designada o elegida²²⁴. Así también hay cargos que generan a su vez instituciones que llegan a constituirse en permanentes como producto de las necesidades del propio cargo²²⁵. Este es el caso de los intendentes, gobernadores, jefes del ejército y de la marina. La despersonalización del cargo por efecto de la vacancia y el nombramiento por edicto configuran un proceso de legitimidad en sí, diferente a las prestaciones personales medievales que tenían como desventaja lo imprevisto de la disposición personal y su gratuidad. La vacancia se remunera porque es pública y no existe ya la obligación de servir sin recompensa económica. Los ejércitos, por ejemplo, en tiempo de paz se profesionalizan y crean una jerarquía que generalmente es mantenida en sus cargos, especialmente en los estratos medios²²⁶. En tiempo de guerra, en cambio, surgen personalidades ad hoc²²⁷, que guían al ejército, sea al éxito o al fracaso. El príncipe designa a su conductor y éste al estado mayor o consejo militar, sin variar los cargos medios que adquieren también el carácter de servicio público. El militar vive de la guerra con un sueldo que aporta el Estado. El dinero se convierte así en el nervio de la guerra²²⁸. Cuando Luis XII,

²²² Las dos constituciones de la época moderna, la *lex regia danica* de 1665 vid. HUESBE LLANOS (n. 80), pp. 88-102 y la americana SUTHERLAND, *De la Carta Magna a la constitución Norteamericana* (trad. Joseph Clementi - Buenos Aires 1972) demuestran la existencia de una voluntad constitucional vigente en la Europa del siglo XVIII en adelante. Vs. GUZMÁN, Alejandro, *La Fijación del derecho* (n. 85), p. 54. Guzmán señala que la Constitución danesa es una realidad que no se puede desconocer, pues responde a una necesidad del Estado de ese tiempo. Vs. tb. HUESBE LLANOS, *Historia de las Ideas* (n. 47) p. 349 ss.

²²³ Vs. BODINO, *Rep.*, 3.2, p. 306.

²²⁴ Vs. BODINO, *Idem*.

²²⁵ Vs. DIESTELKAMP, Berhard, *Verwissenschaftlichung Bürokratisierung, Professionalisierung und Verfahrens-intensivierung als Merkmale der frühneuzeitlicher Rechtsprechung en: Frieden durch Recht* (n. 53) pp. 110-117.

²²⁶ Vs. BODINO, *Ibid*, 3.2, p. 308.

²²⁷ Es frecuente en esta época la venalidad o venta de cargos con el objeto de obtener ganancias, mediante la posesión de uno o más oficios. La obligación de residencia tiende a impedir este vicio tan frecuente en la época moderna. Vs. ZELLER (n.198), p. 132-141. *Déjà la tendance est générale à considérer les offices comme des biens patrimoniaux*; también SWART, K.W., *Sale of office in the seventeenth Century* (Den Haag 1949).

²²⁸ Según BODINO, el poder de éstos no cesa con la muerte del príncipe, si bien, en cierto modo, lo retienen por tolerancia y queda como en suspenso hasta que reciban cartas del nuevo prínci-

en el año 1499 pretendía tomar el ducado de Milán, consultó al condottieri Gian Giacomo de Trivalzio acerca de los medios y formas con que se realizaría la empresa. A esto respondió Trivalzio: *Su graciosa majestad, hay tres cosas que se deben tener en cuenta para tal empresa, esto es, dinero, dinero y más dinero*²²⁹.

Nos propusimos dar una definición de la Magistratura. Nuestro método seguido nos llevó a un umbral mínimo de incertidumbre respecto a lo esencial de los magistrados y oficiales. Así es como hemos visto los rasgos importantes de las magistraturas que dan origen a la burocracia administrativa: 1. El nombramiento otorgado por el poder soberano. 2. La perpetuidad que genera la vacancia. 3. Esta, a su vez, da origen a la especialización. 4. La que es posible gracias al pago por el servicio prestado, único medio para conservar establemente una administración eficaz. Si se añade a estas cuatro características la obligación de residencia, nos encontramos ya con todos los rasgos más notables del mundo oficial y público del Estado Moderno.

21. Arquetipo del funcionario

Es tal la fuerza que adquiere en la mentalidad de la época el espíritu público y de servicio en el Estado que Thomas Mun recomienda al comerciante inglés y a todos en general que *el provecho privado pueda siempre acompañarse con el bien público*²³⁰, además precisa su recomendación a su hijo cuando coloca *al comer-*

pe, o su confirmación para continuar en sus oficios. Por esta causa, el Parlamento de París, después de la muerte de Luis XI, ordenó que los oficiales continuasen como hasta entonces en sus cargos, en espera de la resolución del nuevo rey. El oficio no depende de un simple mandato revocable o de un cargo singular, sino que sustenta sobre una ley recibida, publicada, verificada y registrada, de tal modo que el oficio sólo puede ser suprimido por edicto o ley contrarios. En ocasiones, se instituye un gran número de oficiales de una sola vez; así por edicto publicado en el Parlamento, en el mes de abril de 1544, fueron instituidos setenta alguaciles. Por esta causa, las comisiones del príncipe dirigidas a los oficiales en tal calidad son válidas para sus sucesores, lo cual sería imposible si la comisión se les encomendara a título personal y privado. Otra diferencia entre el oficial y el comisario es que el poder de los oficiales, además de ser ordinario, conlleva mayor autoridad y amplitud que la comisión. A ello se debe que los edictos y ordenanzas dejan muchas cosas a la conciencia y discreción de los magistrados, quienes interpretan equitativamente las leyes según las circunstancias lo exigen. Por el contrario, los comisarios están en mayor medida obligados y vinculados a los términos de sus comisiones, en especial cuando se trata de negocios de Estado. Por esta razón, el soldado que ha combatido o el capitán que ha dado la batalla en contra de prohibición expresa, merece la muerte aunque haya conseguido la victoria. Esto se refiere sólo al capitán que no tiene el mando a título de oficio. BODINO, *Rep.*, 3.2 P. 316-317.

²²⁹ El oficial, el consul, el condestable, el mariscal o el general del ejército, instituido a título de oficio, con pleno poder de mando sobre su ejército para hacer la guerra, puede, en virtud de su oficio y sin aguardar mandato especial, hacer la guerra a los enemigos declarados, perseguirlos, dar batallas, poner cercos, rendir, si puede, fortalezas y disponer del ejército a su discreción, siempre que no pesen sobre él prohibiciones expresas del soberano, en virtud de las cuales quede suspendido su poder. BODINO, *Rep.* Ibid, p. 318.

²³⁰ *Pecunia nervus belli* es una frase que continuamente es acogida desde Cicerón y se vierte en

ciante en su tan alta estimación, porque el comerciante es justamente el administrador del patrimonio del reino²³¹. Más adelante, resume, en forma clarísima, cuando indica que la verdadera forma y valor del comercio exterior, es: la gran renta del rey, la honra del reino, la notable profesión del comerciante, la escuela de nuestros oficios, el abastecimiento de nuestras necesidades, el empleo de nuestros pobres, el mejoramiento de nuestras tierras, la manutención de nuestros marineros, las murallas de los reinos, los recursos de nuestro tesoro, el nervio de nuestras guerras, el terror de nuestros enemigos²³². Toda actividad tiene, una función globalizante ordenada a servir en la tarea de crecimiento, prestigio y bienestar del Estado. El comerciante pasa a ser prácticamente un funcionario público y, por todas estas razones, muchos Estados bien gobernados fomentan esta actividad... pues saben que entre las razones de Estado la principal es mantener y defender aquello que los sostiene a ellos y a su hacienda pública²³³.

Si bien los autores alemanes siguen estos mismos principios, difieren, sin embargo, en matices. Henning Arnisaeus proporciona en su comprensivo tratado *De Republica*²³⁴ una de las más claras y precisas connotaciones existentes entre el poder soberano y los magistrados: *Perfecta igitur definitio Reipublicae est, quod sit ordo civitatis, tum aliorum imperium, tum praecipue summa potestatis, a que profluit per medios magistratus in universos subditos*²³⁵. Esto es, el poder soberano se derrama por medio de los magistrados sobre todos los súbditos. A continuación perfila con precisión los rasgos del soberano respecto al magistrado, quedando perfectamente delineadas las diferencias entre el uno y los otros²³⁶. Esta diferencia se refiere principalmente a la propiedad de la potestad y a la facultad soberana que posee el príncipe de nominar a todos los magistrados conforme a su criterio *et utilitas reipublicae*²³⁷. Arnisaeus deja a todos los magistrados en situa-

el pensamiento medieval. Acerca del destino y variaciones de este proverbio se puede consultar a DAVANZATI, *Lezione delle monete en Argelatus IV*. 164. Nota 1; tb. en LIPSIUS, *Politicorum seu civiles doctrinae* (1596) IV. 9. V. 6. Sin embargo, la motivación más importante se encuentra en el veneciano SANSOVINO, *Concetti politici: Il nutrimento dell' essercito sens' alcun dubbio è el danado. Questo dà misura ad ogni cosa e se converte in ogni cosa...e quel Re di sparta gli chiamò nervo della guerra; perche si come y nervi danno il moto al corpo, cosi lo danno i danari al' essercito*. Esta obra fue dedicada por Sansovino al Emperador Rodolfo.

²³¹ Vs. GUICCIARDINI, Ludovico, *L'ore de recreatione* (Trad. Basel 1575).

²³² Vs. MUN, Thomas, *La Riqueza de Inglaterra por el Comercio Exterior*. (England's Treasure by Foreign Trade, London 1664 trad. Vasconcelos México 1954), p. 54.

²³³ Vs. TH. MUN, *Idem*.

²³⁴ Vs. TH. MUN, *Ibid*, p. 151.

²³⁵ Vs. TH. MUN, *Idem*.

²³⁶ Vs. GIERKE, Otto, *Natural Law and the Theory of Society*. (Translated with an introduction by Ernst Baker Cambridge University Press 1958), p. 270. Gierke señala ya la gran claridad y calidad sistemática de la obra política *De Republica* (n. 94) (1615) de ARNISAEUUS, Henning, sus obras *Doctrina Política* (n. 76) (1606) y *De Jure Majestatis* (n. 40) (1610), proporcionan la elaboración más acabada respecto a la Teoría del Estado Territorial Alemán del siglo XVII.

²³⁷ Vs. ARNISAEUUS, *De Republica* (n. 94), L.2. Cap. 1 Sec. 1. n.14, p. 296.

ción de precariedad y de dependencia del poder soberano. Es propio del soberano crear instituciones e instituir todos los magistrados que sean necesarios en su jurisdicción, la cual es suprema²³⁸. La concepción de jurisdicción suprema implica en Arnisaeus que el derecho de nombrar magistrados debe ser considerado conjuntamente con el derecho de extrema apelación; Pues *ab uno principio emanant, et se mutuo subsequuntur*²³⁹ ya que la potestad suprema, de la cual hacen uso los magistrados, durante el ejercicio de su cargo, permanece siempre en manos de la majestad²⁴⁰. Pues resulta, dice Arnisaeus, que es inicuo considerar que un inferior pueda imponer derechos a un superior²⁴¹, nadie puede vetar, sin embargo, el derecho propio que tiene de mandar un superior a otro, siempre que lo haga sin perjudicar a un tercero²⁴².

El derecho de someter un recurso de apelación en última instancia exclusivamente al soberano, no pretende otra cosa que permitir a los jueces y oficiales ejecutar sus funciones específicas y estrictamente limitada dentro de su jurisdicción y procedimientos ordinarios. En cambio, el gobernante que es el titular del poder soberano recibe íntegramente el poder que la comunidad o la necesidad de orden de la República le ha entregado. El príncipe puede indultar, por ejemplo, *propter reipublicam* no, sin embargo, *propter se ipsum*, como sería el caso del magistrado o del afectado. La teoría y la práctica política no prevén la posibilidad que los magistrados puedan asumir la responsabilidad total y superior cuando sus decisiones implican a la República entera. Si bien entonces es susceptible que la jurisdicción real pueda ser cedida (en caso de pacto), la suprema potestad real y su jurisdicción, en cambio, nunca podrá ser traspasada sin que ello signifique pérdida de la soberanía. Henning Arnisaeus sostiene que la *praesentia majestatis facit quiescere magistratus*²⁴³. Así cuando el rey llega a la ciudad, se le deberán abrir todas las causas civiles actuales o pendientes, y los jueces subordinados deben cesar en su acción mientras dure la presencia real y corporal del soberano²⁴⁴. Tal es la fuerza y magnitud del soberano; pero no sólo se pretende dar brillo, realce y homenaje al príncipe al establecer semejante principio, sino que realmente los autores proponen que los magistrados sigan al rey en sus funciones sobera-

²³⁸ Vs. ARNISAEUS, *Sed hoc interest, quod principi sunt propria, magistratibus demandata: apud illum perpetua, apud hos precaria. apud illum principaliter et independenter, apud hos secundario et a superior communicata. De Jure* (n. 40), 2. 1. n.5, p. 166.

²³⁹ Vs. MEINECKE, F., *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte* (München 1960), p. 29-138. Tb. MANDROU, *L'Europe* (n. 195), p. 117-229.

²⁴⁰ *Ideoque magistratuum creatio praesupponit semper in creante summam jurisdictionem, eamque propriam, quia nemo potest mandare alteri, quod ipse non habet.* ARNISAEUS, *De Jure* (n. 40), 2.3.1., p. 298.

²⁴¹ Vs. ARNISAEUS, *Ibid*, p. 297.

²⁴² *Summa potestas, qua magistratus utuntur manet penes majestatem:* ARNISAEUS, *Ibid*, p. 298.

²⁴³ Vs. ARNISAEUS, *Ibid*, 4, p. 301.

²⁴⁴ *Nihil vetat autem superiorem jus suum mandare alteri, modo id fiat sine praejudicio tertii:* ARNISAEUS, *Ibid*.

nas como la espada a la justicia²⁴⁵. El servicio al Estado lo veremos especialmente referido a los postulados teológicos de la Reforma la que facilita la creación de una ética luterana la cual lleva al funcionario público a la cima de su prestigio y eficiencia ciudadana²⁴⁶.

²⁴⁵ Vs. ARNISAELUS, *Ibid*, 2.3, p. 309.

²⁴⁶ No obstante lo señalado, la investigación sobre el pensamiento político luterano concuerda en el hecho que la propuesta teológica política de Martín Lutero facilitó su praxis al no proponer éste un modelo fijo de gobierno.