

La ciudad y la soberanía¹

Antonio Rivera García

Las primeras reflexiones sobre la soberanía popular suelen ir asociadas a la defensa de la autonomía de la ciudad o del microcosmos donde los ciudadanos participan más activamente en los asuntos públicos. Los primeros grandes pensadores del republicanismo, como Bartolo, Giannotti, Contarini, Paruta, en Italia, o Althusius y Spinoza en el norte de Europa, lo son de los derechos de las ciudades, y por ello se resisten a las tendencias imperiales y estatales que destacan la compleja realidad administrativa y la necesidad de acuñar una nueva concepción vertical de soberanía centrada en el representante supremo.

El republicanismo siempre se ha inspirado en la ciudad entendida como el espacio más homogéneo y donde es más visible la comunicación entre los hombres. Pues su fundamento, el concepto horizontal de soberanía, exige la igualdad y la proximidad que caracteriza al modelo ideal y mítico de ciudad: la polis de Pericles. Pero también la ciudad es el espacio de la pluralidad y de la discusión entre diversos intereses. Venecia y Florencia, en el siglo XVI, o Ginebra y Amsterdam, en el siglo XVII, son claros ejemplos de este primer republicanismo moderno que estaba vinculado estrechamente a la ciudad.

La aparición de los Estados nacionales modernos tras las guerras civiles religiosas no sólo conlleva la desaparición de la idea de Imperio europeo y de *Respublica Christiana*, sino también de la idea de la ciudad como unidad política. Mas entonces surgirá, frente al reciente absolutismo estatal, un republicanismo que, a pesar de adecuarse a estos nuevos entes más amplios, los Estados, y de apostar por un concepto moderno de libertad individual surgida del núcleo de la libertad de conciencia o religiosa, no olvida la prioridad de

1 Este artículo pretende clasificar los diversos tipos de soberanía que aparecen en el tercer capítulo de mi libro *Republicanismo calvinista*, Res publica, Estudios de Filosofía Política, 1999. Asimismo, la parte dedicada al republicanismo clásico está inspirada por la lectura del libro de J. L. VILLACAÑAS, *Res publica. Los fundamentos normativos de la política*, Akal, Madrid, 1999.

la soberanía horizontal y de la justicia distributiva. Por eso, el súbdito del Estado republicano sigue siendo un ciudadano. El título de este artículo, *la ciudad y la soberanía*, hace referencia a la necesidad de seguir pensando la soberanía en relación con sus orígenes democráticos, y no con el Leviatán moderno, cuya emergencia, por el contrario, está asociada al absolutismo monárquico o a la concentración del poder de dominación en un órgano supremo absoluto.

El concepto de soberanía es diferente según sea su titular: pueblo, representante o Estado concebido como una persona jurídica. De este modo podemos obtener tres grandes conceptos o tipos-ideales: soberanía popular, representación soberana y soberanía estatal. En las páginas siguientes sostendré la tesis de que únicamente la soberanía popular, la soberanía unida a la ciudad, permite el establecimiento de un republicanismo basado tanto en la separación de poderes y en la censura política como en el federalismo. Sólo entonces será posible un régimen político que en el interior se oponga con eficacia a un uso arbitrario del poder de dominación, y que en el exterior tienda a la confederación de Estados y a la convergencia entre los distintos ordenamientos jurídicos.

1. LA SOBERANÍA POPULAR SEGÚN EL REPUBLICANISMO CLÁSICO

En este primer apartado intentaré definir un tipo de soberanía, la republicana, compatible con la pluralidad política. Esto va a ser posible porque no sólo separamos la esfera política de la jurídica, la voluntad de todos de la voluntad general, sino también porque diferenciamos estrictamente el concepto de soberanía, entendida como el lugar del consenso, del concepto de representación, que ha de ser siempre plural si queremos evitar su confusión con la soberanía. Desde un punto de vista republicano, la vida de las comunidades organizadas en Estados se debe caracterizar por la constante e irreductible tensión entre la unidad y la pluralidad; entre la homogeneidad basada en la igualdad natural, *a priori*, de todos los hombres y la diferencia derivada de la inconstante y heterogénea voluntad de los individuos²; o entre la unidad de acción y decisión exigida por criterios de eficacia política y la necesidad de dejar un espacio público, la sociedad civil, donde se expresen los diversos intereses legítimos que no pueden generalizarse.

La confusión de soberano y representante es el gran problema de la política moderna. Sin duda fue el absolutismo el primer sistema político que concibió a un representante soberano totalmente incompatible con aquella

2 Esta tensión se deriva de la peculiar *antropología política calvinista* (cf. A. RIVERA, *op. cit.*, pp. 52-53) que es muy parecida a la kantiana *insociable sociabilidad del hombre* (cf. I. KANT, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, Tecnos, Madrid, 1994², p. 8).

pluralidad orgánica medieval que había sido incapaz de frenar la emergencia de las guerras civiles de los siglos XVI y XVII. Esta identificación de soberano y representante (*rex*) puede ser considerada como el primer hito del largo camino hacia el Estado total, tan bien descrito por Carl Schmitt. Sin embargo, a juicio de Dolf Sternberger, en el mismo núcleo de la contemporánea democracia representativa, en el corazón de lo que él denomina *teoría dogmática de la representación*³, podemos encontrar la tendencia antipolítica a hacer desaparecer toda pluralidad y articulación, todo conflicto y diferencia, a reducir, en definitiva, la tensión entre representantes y representados.

Este temor aparece plenamente justificado si leemos con atención el siguiente fragmento de los *Rights of Man* de Thomas Paine: «Una nación no es un cuerpo cuya figura se haya de representar como el cuerpo humano, sino que es como un cuerpo contenido dentro de un círculo, que tiene un centro común en el cual se encuentran todos los radios, y ese centro se forma mediante la representación. El relacionar la representación con eso que se llama monarquía sería un gobierno excéntrico. La representación es por sí misma la monarquía delegada de una nación, y no puede envilecerse al compartirla con otra»⁴. Para el norteamericano, la relación que se establece entre el pueblo del Estado y su órgano central, entre el representado y el representante, es idéntica a la que se produce entre el centro y la circunferencia de un círculo. Se trata, por tanto, de una relación geométrica, analítica, *a priori* o predeterminada⁵. Como veremos en la última parte de este ensayo, es la teoría del órgano de Georg Jellinek la que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la identificación del pueblo, del órgano primario e inmediato del Estado, con sus representantes. Todo ello contrasta con la tradición política, de raigambre medieval, defendida por Edmund Burke: aquélla que giraba en torno a un *regnum* mixto o compuesto por órganos relativamente indepen-

3 Sternberger caracteriza la teoría dogmática de la representación, generalizada tras la revolución americana y francesa, mediante cinco presupuestos (tres axiomas y dos *topos*): *Volkaxiom* o la ficción del pueblo como sujeto unitario, dotado de *Simplizität*, *Singularität* y *Souveranität*; *Identitätsfiktion* o la ficción de la identidad entre el pueblo y el representante; *Wahlaxiom* o la idea de que el pueblo expresa su soberanía cuando elige a sus representantes; *Modernitäts-topos* o la opinión de que la representación política, la democracia representativa, es la forma política propia de la modernidad; y, por último, el *topos* de la naturaleza técnica y racional (*Rationalitäts-topos*) del mecanismo representativo: «el sistema representativo —escribe Thomas Paine— siempre es paralelo al orden y las leyes inmutables de la naturaleza, y se corresponde en todo con la razón del hombre» (T. PAINE, *Derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1984, p. 189). Cf. D. STERNBERGER, *Kritik der dogmatischen Theorie der Repräsentation* (1971), en *Schriften*, Insel, Frankfurt a. M., 1977-91, vol. III, pp. 175-226.

4 T. PAINE, *op. cit.*, p.188.

5 Cf. D. STERNBERGER, *Die Erfindung der 'Repräsentativen Demokratie'. Eine Untersuchung von Thomas Paines Verfassungs-Ideen* (1967), en *Schriften*, cit., vol. III, p. 266.

dientes e irreductibles a unidad⁶. Sin embargo, la doctrina de la igualdad natural de todos los individuos es uno de los logros modernos que nos impide seguir a Burke y volver la mirada más allá de la Reforma. Por otro lado, también la modernidad, desde el republicanismo de Althusius hasta el de Kant, ha ideado fórmulas contra el despotismo del número. Es este republicanismo el que nos permite conciliar la igualdad del contrato social con la variedad y diversidad de la sociedad civil. Por eso no debemos olvidar la dimensión real, sociológica, que subyace debajo del concepto político de soberanía popular, con el fin de evitar que el pueblo se convierta en un simple órgano de la persona jurídica estatal, tan abstracta o metafísica que no conoce ninguna diferencia.

1.1. *El titular de la soberanía: concepto político de pueblo*

Para el republicanismo clásico, la soberanía es un derecho o una potestad del pueblo. No implica un poder supremo desvinculado de las leyes civiles, como parece deducirse del voluntarista o decisionista análisis bodiniano, sino el poder surgido tras crear el ordenamiento jurídico mediante el contrato social. Lo decisivo de este poder se halla en la capacidad positiva para ponerse de acuerdo en la formación de una voluntad común. De ahí que la coerción o el poder de dominación (*Herrschergewalt*), esto es, el medio para hacer efectiva la administración de los derechos comunicados, tenga, a diferencia de lo que opina Jellinek y Kelsen, un carácter secundario o derivado. La lengua alemana con su distinción entre *Macht* y *Gewalt* nos permite apreciar esta diferencia: el poder soberano es, ante todo, *Macht*, pues «surge de la capacidad que tienen los hombres no solamente para actuar o hacer cosas, sino también para concertarse con los demás y actuar de acuerdo con ellos»⁷; mientras que *Gewalt* alude a la fuerza, a la violencia a los recursos empleados para hacer vinculantes las decisiones jurídicas y para imponer al enemigo determinados fines políticos.

Según la teoría republicana, *pueblo*, el titular de la soberanía, es una idea ambivalente de muy difícil definición. Su complejidad se explica porque debemos armonizar la visión ideal o jurídica con la real o sociológica: el concepto jurídico de pueblo subraya la identidad u homogeneidad entre los diferentes pueblos, y conduce lógicamente a la idea cosmopolita; el concepto

6 Según Burke, las partes que integran el orden constitucional británico representan intereses que se combinan o se oponen entre sí en «esa acción y contraacción que, en el mundo natural y en el mundo político, a partir de la lucha recíproca de poderes discordantes, hace brotar la armonía del universo» (Cit. en H. MANSFIELD JR., *Edmund Burke*, en STRAUSS Y CROUSEY (comps.), *Historia de la filosofía política*, FCE, México, 1993, p. 657).

7 J. HABERMAS, *Perfiles filosófico-políticos*, Taurus, Madrid, 1986, p. 205.

sociológico destaca, en cambio, la diferencia, la heterogeneidad, entre las distintas poblaciones.

1.1.1. Concepto jurídico

Por una parte, *pueblo* no existiría sin el inicial *consensus iuris* o contrato ideal que unifica a los individuos, o a grupos de ellos, en una comunidad. No admite, por tanto, la diferencia. Al contrario, es la sede de una voluntad general que solamente puede expresarse a través del derecho. Esta *volonté générale* constituye un concepto jurídico integrador, y no una persona *ficta* o moral que pueda entablar relaciones jurídicas con otras personas, de forma que entre ellas surjan derechos, obligaciones y deberes. La soberanía nunca podrá personificarse porque la persona concreta, natural o jurídica, no existe sin otra con la cual comunicarse. Precisamente el paso de la esfera política a la jurídica coincide con el tránsito de la plural voluntad de todos, marcada por las diferencias, aun siendo mínimas, a la unitaria voluntad general.

La voluntad general se impone *como si* fuera universal. Sin embargo, tan sólo es una voluntad general elevada a generalidad por inducción, en concreto a través del principio mayoritario. Al no ser una voluntad necesaria o *a priori* (el *Volksgeist* romántico) se puede modificar en cualquier momento. El concepto jurídico uniforme de pueblo y de voluntad general, como expresión de la unanimidad en una comunidad acotada territorialmente, se convierte así en el *telos* inalcanzable, siempre por llegar, del gobierno y no en un sujeto de la lid política. La aspiración de toda actividad pública consiste en lograr la mayor homogeneidad posible dentro de un grupo limitado de hombres o, dicho de otro modo, en alcanzar mayores cotas de justicia distributiva. De ahí que el *pueblo* deba ser constantemente construido. Ello no significa que la representación sea, como pretenden Carl Schmitt y Eric Voëgelin, una realidad anterior al pueblo, a la Constitución o, como diría Althusius, al derecho simbiótico.

Este *concepto jurídico*, al mismo tiempo *origen ideal* y *telos* del derecho, sólo se puede reconocer en el cumplimiento de la ley por un conjunto de ciudadanos. El pueblo soberano no se constituye hasta que los particulares hayan decidido establecer una *comunicación jurídica*. Cada uno en relación con el otro se ha convertido simultáneamente en acreedor y deudor, hablante y oyente, señor y súbdito. Ha salido de sí mismo para abrirse al Otro. El *pueblo*, como concepto jurídico, se hará presente en aquella comunidad política donde el derecho, salvo escasas excepciones, sea obedecido u observado. Sólo el ordenamiento jurídico y el barómetro de su cumplimiento nos podrá informar acerca de la articulación e integración del Estado⁸. Por eso «del silencio uni-

8 Cf. R. DAHRENDORF, *Ley y orden*, Cívitas, Madrid, 1994.

versal —escribía Rousseau— debe presumirse el consentimiento del pueblo»⁹. Una guerra civil pondrá entonces de manifiesto la falta de consenso jurídico y la ausencia de un pueblo soberano. Donde hay soberanía —y aquí tiene razón Hobbes— no hay guerra civil.

No debemos mitificar, por lo demás, el concepto jurídico de pueblo y concebirlo como una persona dotada de una voluntad que necesita un órgano o un instrumento (un cuerpo) para ejecutar sus decisiones. El pueblo de un Estado es muy reacio a su personificación. En cuanto le atribuimos una voluntad *a priori*, anterior a la ley, y le consideramos un sujeto real, una nación dotada de su específico *Volksggeist* y una persona radicalmente diferente a otras, corremos el peligro de olvidar su jurídica o normativa tendencia universal, cosmopolita, y de acabar en la *sectaria* lucha entre los pueblos o naciones.

La distinción *jurídica* entre un pueblo y otro se basa únicamente en la dispar extensión de su ordenamiento jurídico. Disparidad que puede deberse, sin duda, al *natural de los pueblos* y a otros motivos *realistas*. Mas, como las leyes, desde una concepción formal del derecho, se pueden extender a todos, no resulta imposible concebir una *communitas universalis* o una *civitas maxima*¹⁰. Por ello debemos reiterar que la noción jurídica de pueblo resulta ajena a la idea de diferencia. La comunidad de una *respublica*, como la misma Iglesia, sólo sabe de homogeneidad: no necesita para existir de un afuera, de un enemigo o de alguien diferente. El enemigo injusto, el que viola los pactos públicos o internacionales, nunca será un pueblo. A este respecto, Kant acierta cuando, al hablar de enemigos injustos o de quienes violan pactos públicos, prohíbe repartirse el país derrotado entre los justos vencedores¹¹. La comunidad del Estado vencido solamente debe ser obligada a aceptar una nueva constitución que sea, por su naturaleza, contraria a la guerra. El filósofo de Königsberg pone así de relieve que el pueblo no sólo resulta exculpado de los crímenes de sus representantes, sino que, además, no constituye una persona jurídica a la cual se le pueda aplicar el derecho penal de las personas físicas; idea que, sin embargo, no tiene nada claro el organicismo de Gierke y

9 J. J. ROUSSEAU, *Del Contrato social*, Alianza, Madrid, 1980, II, c. I, p. 33. Aunque esta máxima ya no nos sirve en un Estado totalitario donde el pueblo ha sido reducido a la condición de *masa*.

10 La teoría pura del derecho conduce forzosamente a la primacía del derecho internacional y a la eliminación del dogma de la soberanía nacional. Las palabras de Kelsen no pueden ser más claras: «se puede afirmar que al relativizar la noción del Estado y al establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para lograr la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada» (H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, pp. 223-224).

11 Cf. I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 190.

Maitland¹². En realidad, sólo los representantes o gobernantes podrán incumplir la palabra dada: en primer lugar, porque el conjunto de ciudadanos no constituye una persona jurídica que, a la manera de un *gran hombre* o *Leviatán*, pueda entablar relaciones con otros seres de la misma estirpe; y, en segundo lugar, porque el representante, en especial el magistrado supremo, ya sea un individuo o una asamblea de ellos, no es soberano. En consecuencia, no se puede entender *jurídicamente*, en contra de una extendida opinión, el enfrentamiento entre pueblos soberanos. En esta línea, me parece acertada la insistencia reciente de que la guerra no se hace contra el pueblo de un Estado, sino contra su representante.

1.1.2. Concepto sociológico

Hemos comprobado que jurídicamente no existen diferencias sustanciales entre los pueblos. La ventaja del republicanismo clásico con respecto al formalismo jurídico de un Jellinek o un Kelsen radica en que no se conforma con esta perspectiva unilateral, y completa la noción jurídica e ideal de pueblo con su noción real. El concepto sociológico de pueblo hace alusión a una base física y corporal: a su composición por una serie de individuos diferentes, de personas, que han decidido comunicarse y seguir unas mismas normas o pautas de conducta.

Dadas las dificultades para encontrar una noción de pueblo pre-legal o anterior a la constitución del Estado que no incurra en nacionalismo y organicismo romántico¹³, los publicistas han acudido con frecuencia a metáforas. La *metáfora del suelo* nos permite explicar ese carácter sociológico y pre-jurídico. En este sentido la utiliza Rousseau: «igual que el arquitecto observa y sondea el suelo antes de levantar un gran edificio para ver si puede aguantar su peso, el sabio legislador no empieza por redactar leyes buenas en sí mismas, sino que antes examina si el pueblo al que las destina es apto para soportar-

12 La teoría de los germanistas Gierke y Maitland sobre la posibilidad de un derecho penal de las personas jurídicas tiene sentido cuando la comunidad estatal es considerada como una corporación orgánica de carácter real. «La práctica de tener por responsables de delito a las comunidades —dice Gierke— estaba demasiado profundamente arraigada en el mundo germánico para poder ser desterrada» (F. W. MAITLAND, *Estudio preliminar*, en O. GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, CEC, Madrid, 1995, p. 40). Maitland considera que esta práctica todavía persiste en el derecho norteamericano: «cuando un juez americano esgrime dicha espada y disuelve una corporación (...) utiliza el lenguaje de la justicia penal; incluso puede decir que dicta sentencia de muerte» (*Ibidem*).

13 Novalis, Schlegel o el joven Hegel son los representantes más importantes de un *romanticismo orgánico* que se opone a concebir el Estado como una máquina o un ente artificial. Esta influencia se dejará sentir profundamente en el realista derecho corporativo de Gierke, quien concibe el Estado como un sujeto vivo o *Genossenschaft*.

las»¹⁴. El pueblo aparece así como el suelo de la legislación. Esta metáfora nos hace comprender que si las instituciones políticas desean gozar de la suficiente fortaleza y arraigo deberán tener en cuenta esa realidad física, viva y sometida a cíclicas transformaciones que constituye el pueblo.

En cambio, los formalistas no tienen en cuenta esta realidad mutable, como demuestra Jellinek en este fragmento: «El (pueblo) es independiente de la personalidad de los que viven en un momento dado, porque perdura en tanto que los otros cambian; su voluntad es imperecedera; las conclusiones de una generación pasada alcanzan a la actual»¹⁵. Incluso para Kelsen el pueblo es una ficción que sólo tiene realidad en el mundo del derecho. Se trata de un simple concepto antropomórfico inventado por el jurista para referirse a la unidad de la organización estatal¹⁶. A las tesis de estos iusformalistas podríamos oponer el siguiente fragmento extraído de una carta de Jefferson, en la cual se introduce el punto de vista político y pragmático: «Hace cuarenta años que se formó la Constitución de Virginia (...); en ese período, dos tercios de los adultos de entonces están ahora muertos (...). Pero los muertos no tienen derechos. No son nada, y la nada no puede poseer cosa alguna (...). Este globo corpóreo, y todo cuanto está sobre él, pertenece a sus actuales habitantes corpóreos, durante su generación. Sólo ellos tienen derecho a dirigir sus exclusivas preocupaciones, y a declarar la ley de esa dirección»¹⁷. En esta llamada de Jefferson a mantener la tensión revolucionaria, se pone de manifiesto que, detrás de todas las abstracciones jurídicas, se halla un conjunto de voluntades particulares y mutables. En mi opinión, este punto de vista sociológico, además del jurídico, siempre está presente en la noción republicana del pueblo como soberano.

La metáfora del suelo alude en realidad al problema del *natural de los pueblos* y de las *costumbres populares* desarrollado profusamente por la teoría política desde Bodino, Althusius y Montesquieu. Esta metáfora se refiere también al hecho de que el pueblo constituye un concepto horizontal. En su interior sólo existen relaciones de coordinación entre iguales y no de subordinación entre desiguales. Ninguno de sus atributos, y, en primer lugar, la so-

14 J.J. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 49-50. Este sentido de la metáfora del suelo es recogido por H. BLUMENBERG, *La inquietud que atraviesa el río. Un ensayo sobre la metáfora*, Península, Barcelona, 1992, p. 86.

15 G. JELLINEK, *Teoría general del Estado (TGE)*, Albatros, Buenos Aires, 1981, p. 104.

16 Para Kelsen, el pueblo adopta, desde un punto de vista sociológico, el aspecto de una aglomeración de grupos o individualidades y no de una masa compacta de naturaleza homogénea. Únicamente aparece como un conjunto homogéneo y sin fisuras desde un punto de vista jurídico o normativo. Cf. H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1934, pp. 12-13.

17 T. JEFFERSON, *Carta a Samuel Kercheval, 12-7-1810*, en *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 724.

beranía, implica un concepto vertical de poder. El gobierno requiere, por el contrario, unas relaciones de subordinación (verticales) entre ciudadano y gobernante que no tienen, a diferencia de lo que afirman las tesis absolutistas y el realismo político, un carácter originario y fundamental, sino derivado de la soberanía horizontal.

La perspectiva sociológica también nos permite reconocer la concurrencia internacional de entidades desiguales y heterogéneas, y comprender que la mejor solución al problema de las relaciones interestatales no es la unidad mundial con una organización jurídica centralizada (Kelsen), sino la solución federal y confederal. Esta fórmula permite extender la *concordia* por el espacio internacional sin abolir la pluralidad política y la singularidad de cada comunidad. Pero en este caso debemos abandonar el modelo del Estado-nación que, como una totalidad autosuficiente, tiende a una ordenación mundial basada exclusivamente en el aislamiento o en los intereses nacionales.

Pues bien, el concepto *político* de pueblo que nos ofrece el republicanismo clásico incorpora esta doble dimensión, jurídica y sociológica, oponiéndose tanto a su noción mítica, la visión nacionalista unida al concepto romántico de *Volksgeist*, como a la formalista que convierte a la población en un *elemento* más del Estado. Sólo así podemos conservar la pluralidad política y superar el mito de la identidad y del Estado total.

1.2. Presencia del pueblo: poder constituyente y poder constituido

La soberanía, cuando su titular es el pueblo entendido a partir de la síntesis republicana que acabamos de analizar, constituye un poder (*Macht*) de comunicación —su ejercicio implica acuerdo y no imposición o represión— que puede ser analizado desde un punto de vista activo y pasivo.

Desde el punto de vista activo, la voluntad popular y soberana aparece dotada de *poder constituyente*. Mientras el concepto jurídico de pueblo se identifique con el lugar del *consensus* o de la integración, la ciudadanía en su conjunto ha de tener la potestad para decidir qué se debe comunicar. Ella debe establecer los programas generales y cómo ha de organizarse jurídicamente. Todo esto implica un salto desde la visión estática del pueblo a su visión dinámica, desde el pueblo como fundamento real de las leyes al soberano popular como señor del poder constituyente.

Pero el pueblo como concepto jurídico *constituido* es generalmente pasivo. Se trata de un espectador ideal que se limita a gozar de los derechos del Estado y dar su opinión, normalmente en las consultas electorales, acerca de la administración de los bienes, servicios y derechos que él usa y disfruta. El mismo voto ni siquiera es un deber jurídico, sino un derecho subjetivo de índole constitucional. Aunque pueda equivocarse en la elección de sus magis-

trados, el ente popular siempre es inocente. La razón de su inocencia o irresponsabilidad estriba en que los ciudadanos (la *voluntad de todos*) y sus representantes son los actores políticos y no la voluntad general. Sólo desde este enfoque adquiere sentido el tópico de que el pueblo siempre tiene razón, expuesto magníficamente por Rousseau en uno de los capítulos del *Contrat Social*¹⁸. El soberano popular no es responsable, no rinde cuentas ante ninguna autoridad o institución, por la sencilla razón de que nunca adopta el papel de un poder constituido para la concreta ejecución del programa constitucional. La responsabilidad sólo se exige a un gobernante que, en contra de la opinión de Hobbes, no debería ser un representante soberano. Pues, ¿ante quién respondería esa *persona suprema* que toma decisiones soberanas o absolutas? Ante Dios, ante nadie.

El pueblo, en suma, no es un sujeto invisible que sólo se manifieste a través de los representantes. Se presenta bien en el periodo constituyente, bien en la vida ordinaria del ordenamiento jurídico, pactando, obedeciendo las normas jurídicas, votando y ejerciendo pacíficamente los derechos subjetivos reconocidos por la ley.

1.3. Pluralidad política y unidad jurídica

1.3.1. Societas civilis

En la sociedad civil sólo se entablan relaciones de igualdad y coordinación, es decir, relaciones horizontales, pues, según el derecho natural, cualquier individuo es igual a otro. De ahí que el momento constituyente, la *posición original*, se caracterice por adoptar los rasgos de un contrato social entre individuos que ocupan posiciones recíprocas. En ese momento concurren infinidad de personas físicas y, como no podía ser de otro modo, infinidad de pareceres. Pero la política no puede existir sin ese momento ideal en el que, aun participando todos en la deliberación, todos llegan a un acuerdo final, a un *consensus iuris* o generalización de las distintas posiciones, cerrándose de este modo la brecha natural entre el deliberar y el querer, entre el entendimiento y la voluntad. La ley siempre estará marcada por ese acuerdo o contrato inicial y deberá tener como *telos* la honestidad pública, uso común o, como expresan Locke, Spinoza y los partidarios de los derechos populares, la utilidad general¹⁹.

De la misma forma, en la lid política democrática, especialmente en los procesos electorales, se expresa cada uno de los ciudadanos con su parecer

18 Cf. J.J. ROUSSEAU, *op. cit.*, II, c. III, p. 36.

19 Cf. B. SPINOZA, *Tratado teológico-político*, Alianza, Madrid, 1986, c. XVI, pp. 334, 340.

propio y en idéntica posición jurídica. La *voluntad de todos* rousseauiana se identifica con esta voluntad del ciudadano particular. Aquí no tiene por qué haber una limitación de la voluntad. Por eso no deberían ponerse obstáculos para expresar los deseos, incluso los más inalcanzables o utópicos. La ciudad, el espacio público en el que se discuten los programas políticos, es el ámbito de la diferencia, de la libertad y controversia, donde la voluntad aparece más real, más unida al individuo. En cambio, la abstracta *voluntad general* implica un paso ulterior que coincide no con cada uno de los ciudadanos, sino con todos a la vez, en tanto deciden acatar las leyes *como si* fueran uno solo. La tensión entre la voluntad de todos, la política, y la voluntad general, el derecho, es imprescindible para mantener la tesis de la pluralidad política. Nunca hemos de olvidar que las normas jurídicas son contingentes o mutables porque son queridas por hombres cuya voluntad es *defectuosa* e inconstante. Esto da lugar a un interminable desajuste o diferencia entre la ley y la voluntad de los ciudadanos, que ha de ser continuamente corregido a través de la vía política.

1.3.2. La representación constitucional

Una vez expresada la voluntad soberana del pueblo, y recogida en una Constitución o en cualquier otro texto legal, aún debe hacerse realidad. Para el republicanismo clásico de origen calvinista, esta diferencia antropológica entre la expresión de la voluntad general y su ejecución, entre el *querer* y el *hacer*, entre la voluntad y la praxis, es la base de la representación o de las relaciones verticales entre gobernantes y gobernados. Por esta causa debemos separar el problema de la soberanía del problema de la representación. La teoría republicana nunca afirma la identidad entre el soberano y el representante. Ahora bien, este último siempre dependerá de la voluntad soberana y será responsable ante el pueblo por la acción realizada. Esta responsabilidad implica además la necesidad de una censura política o de un sistema apto para controlar la legalidad constitucional de los representantes; lo cual, a su vez, exige pluralidad política y división de poderes²⁰.

El soberano popular no puede intervenir personalmente en el escenario político. Necesita a los magistrados para la gestión de su derecho porque los hombres, jurídicamente iguales pero antropológicamente diferentes, integran la base real, el fundamento o suelo sobre el cual se construye el concepto jurídico de pueblo. En su seno no existen las relaciones de subordinación imprescindibles para hacer efectivas las normas: todos son iguales y, sin

20 Cf. A. RIVERA GARCÍA, *La censura política: del eforato al tribunal constitucional*, en *Res publica* 3 (1999), pp. 127-141.

embargo, la prudencia, la capacidad para gobernar, no es una virtud de cada uno de los ciudadanos. Indudablemente el juicio común o *sensus communis* resulta esencial: sin esta facultad democrática no podríamos entrar en comunidad, ponernos en el lugar del Otro (representación interna), suscribir el contrato social y convertir la voluntad de todos en una voluntad general. Mas este sentido común no sirve para hacer cumplir la ley o el programa constitucional. No basta con la promesa y la intención. Si queremos pasar del querer al obrar, de la palabra dada, del *logos* o del deseo a la acción, a la *praxis* o al hecho, necesitamos otorgar poder a los representantes e instaurar las relaciones legales de subordinación entre ciudadanos y magistrados (representación externa).

Como no todos los hombres pueden llegar a ser gobernantes porque carecen de la prudencia y sabiduría necesarias, el republicanismo moderno considera que el sistema electivo es el más apropiado para nombrar a los representantes del pueblo. En cambio, si aquellas virtudes fueran universales, entonces sería posible una democracia directa, cuyos cargos públicos serían ocupados por sorteo o por turnos. De todas formas, el sistema electivo también parte de la idea de un sentido común universal que permite descubrir a los mejores. Por todo ello, a la republicana tensión entre unidad jurídica y pluralidad política, debemos unir la tensión entre aristocracia y democracia²¹.

2. EL REPRESENTANTE SOBERANO: DEL ABSOLUTISMO AL EXISTENCIALISMO POLÍTICO

A continuación expondremos la soberanía defendida por los rivales del republicanismo clásico: el absolutismo, principalmente en las versiones de Bodino y Hobbes, y sus herederos, los teóricos del realismo o existencialismo político, para quienes la soberanía no recae en el pueblo, sino en su representante, en un actor político. Como decíamos más arriba, la emergencia de los Estados nacionales tras las guerras civiles religiosas va unida a una pérdida de independencia de la ciudad y a una nueva noción de soberanía que otorga

21 Para BERNARD MANIN la elección relegó al sorteo como medio para distribuir los cargos porque se impuso «una nueva concepción de la ciudadanía: ahora los ciudadanos se consideraban ante todo fuente de legitimidad política, más que personas deseosas de ocupar un cargo» (*Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1998, p. 118). Pero esta razón no explica el origen y la causa por la que se impone el sistema electivo moderno. La respuesta a esta pregunta la hallamos cuando advertimos que los primeros ensayos de democracia representativa (Harrington, Rousseau, Paine, etc.) se desarrollaron en un contexto calvinista donde, a pesar de reconocerse la facultad democrática del *sensus communis*, se partía de la división entre sabios y necios; discriminación que guardaba una relación estructural con la distinción religiosa entre elegidos (electi) y réprobos. Ahora bien, los gobernantes, al ser seleccionados de acuerdo con criterios públicos o externos, no tenían por qué coincidir con los elegidos por Dios.

su titularidad a un representante supremo, el *rex*. Este representante soberano y absoluto aparece en estos momentos como el único actor con poder suficiente para neutralizar los factores desintegradores procedentes de la sociedad civil, y para crear una organización política homogénea.

Muy pronto, en los albores del Estado moderno, la discusión entre republicanos y absolutistas se polariza en torno a la cuestión de si el rey, el representante supremo, debe acatar el ordenamiento jurídico. A juicio de Bodino, el poder del príncipe no se halla circunscrito o sujeto por la ley civil, pues ésta «no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder»²². Invierte de este modo el lema monarcómico *lex facit regem* por el de *rex facit legem*, y transforma al magistrado supremo (*rex*) en un soberano anterior a la Constitución (*lex*).

2.1. La representación existencial de Vögelin

La soberanía debe recaer en el pueblo, y no en un gobernante, porque la tesis de la igualdad natural de la especie humana impide predicar la superioridad de un hombre sobre el resto. Esta idea estaba profundamente arraigada, a principios del siglo XVII, en la teoría política contraria al derecho divino de los reyes. Sin embargo, desde Bodino, Grocio y Hobbes se pervierten los fundamentos del republicanismo clásico y comienza a desarrollarse una pretendida teoría *realista*, cuyo cénit se alcanza en nuestro siglo con las obras de Carl Schmitt y Eric Vögelin. La recepción de la *souveraineté* de Bodino, en lugar de la *maiestas* o soberanía republicana, explica por qué, a juicio de estos autores, el soberano es un representante capacitado para actuar *contra legem*.

Uno de los más significativos exponentes de este realismo político es la teoría de la representación *existencial* de Vögelin. En su opinión, las sociedades políticas siempre se han constituido para resolver necesidades existenciales: defensa del territorio, instauración de la paz interior, administración de la justicia, etc.²³. Para ello deben dotarse de una estructura jerarquizada (vertical) capaz de imponer, en nombre y por cuenta de la sociedad, todas las *decisiones* necesarias para resolver los problemas existenciales.

El autor de *The New Science of Politics*, con el propósito de aclarar el significado de tales decisiones, distingue entre el *agente* y el *representante*. El primero, de forma parecida al *comisario* de Schmitt, se caracteriza por realizar un determinado encargo de acuerdo con las instrucciones del mandante. El *representante*, por el contrario, «tiene poder para actuar por una sociedad en virtud de la situación que ocupa en la estructura de la comunidad, sin haber recibido instrucciones específicas para un asunto concreto, y mediante ac-

22 J. BODIN, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1992², I, c. VIII, p. 63.

23 E. VÖGELIN, *Nueva ciencia de la política (NC)*, Madrid, Rialp, 1968, p. 62.

tos que no podrán ser eficazmente impugnados por los miembros de la sociedad»²⁴. Todo lo cual supone que el representante no sea responsable de sus decisiones. En cierto modo, la diferencia entre el agente y el representante se corresponde con la que existe entre el simple funcionario de la administración (*órgano mediato* en la terminología de Jellinek) y el órgano constitucional (*órgano inmediato*).

La clave de la *representación* política existencial reside en la relación vertical o en la subordinación de los gobernados al gobernante, de los representados al representante. No obstante, «bajo la presión del simbolismo democrático», explica Vögelin, se tiende a abolir la diferencia entre los dos tipos de relaciones citadas. La confusión surge cuando el gobierno acaba representando al complejo símbolo de *pueblo*. Entonces, dado que este concepto absorbe los dos significados medievales de *reino* y *súbditos*, el gobierno aparecerá simultáneamente como agente de todo el pueblo y representante existencial de cada uno de sus miembros o átomos. Esta confusión, añade nuestro pensador político, es propia de una época en la cual «la representación se amplía hasta llegar a un límite en el que la pertenencia a la sociedad se ha llegado a articular políticamente hasta el *último individuo* y, por consiguiente, la sociedad llega a representarse a sí misma»²⁵. Pero como esta forma constitucional de representación sólo es significativa si previamente se han instaurado las relaciones de subordinación, Vögelin aconseja limitar la utilización del término *representación* a su sentido existencial²⁶. Finalmente señala que identificar la representación con la articulación constitucional supone un síntoma «de provincianismo político y cultural»²⁷, pues no tiene sentido exigir el *Rechtsstaat* occidental a aquellos países *orientales* y del tercer mundo que todavía no han alcanzado la homogeneidad de una nación.

2.2. El descubrimiento de la representación existencial: de Fortescue a Hobbes

El autor de *Nueva ciencia de la política* presta especial interés a la doctrina del jurista del siglo XV John Fortescue sobre el *corpus mysticum* y la *intencio populi*, por cuanto supone una de las primeras reflexiones en torno a la prioridad de la representación existencial sobre la constitucional. El pueblo se forma, en opinión de Fortescue, cuando existe una estructura representativa, el rey, que asume la misión de crear una comunidad política unificada.

Fortescue, en su obra *De laudibus legum Angliae*, opone el *dominium tantum regale* de la Francia de Luis XI, en donde gobierna el *rey solo*, al *domi-*

24 NC, p. 63.

25 NC, p. 67.

26 NC, p. 81.

27 NC, p. 82.

nium politicum et regale de una Inglaterra donde gobierna todo el cuerpo político. En el primer caso nos encontraríamos ante la representación existencial, y en el segundo ante la constitucional. Según Kantorowicz, la fórmula con la que se describe el régimen de Inglaterra está tomada del *De regimine principum* de Tomás de Aquino²⁸. El continuador de este tratado, Ptolomeo de Lucca, consideraba que la Roma imperial y el gobierno de los Jueces de Israel constituían los dos modelos históricos del *dominium politicum et regale*. Pues bien, Fortescue añade un tercer ejemplo, el de Inglaterra.

A través de la teoría de la *eruptio* y *prorruptio*, el jurista inglés pretende explicar la diferencia entre aquellos dos tipos de gobierno. La *eruptio* hace referencia a la primera fase de articulación política de la sociedad, al *dominium tantum regale* o representación existencial. La inferioridad del reino francés radicaba en que no había superado esta etapa. Como ha indicado Vögelin, la doctrina de la *eruptio* resulta ajena a la tesis del contrato social suscrito para salir del estado de naturaleza²⁹. Pues el pueblo irrumpe en reino (*ex populo erumpit regni*) sólo cuando existe un representante, el rey o cabeza del reino, con poder suficiente para integrar a un grupo humano en una comunidad. El pueblo acéfalo, sin la cabeza del rey, es una simple *multitudo inordinata, cetus hominum* o, como escribe Filmer, el gran enemigo de la teoría del contrato social y defensor del poder natural de los reyes, una *headless Multitude*³⁰. Hasta que el rey no queda instaurado (*rex erectus est*) no podemos hablar de un pueblo concebido como una multitud asociada.

El interés de Vögelin por Fortescue se debe asimismo a que en su obra *The Governance of England* utiliza el mito de las fundaciones, y no el del pacto social, para describir el proceso existencial de articulación política. Es en la historiografía de las migraciones, dentro de la cual destaca *La Historia de los lombardos* de Paulo Diácono, donde mejor aparece planteado el problema de la representación existencial: «La existencia histórica de una sociedad política se expresa constantemente en términos de adquisición, posesión o pérdida del *rex*, del representante regio. El estar dispuesto para la acción significaba tener un Rey; perder al Rey significaba perder la capacidad para la acción; cuando el grupo no actuaba, no necesitaba tener Rey»³¹.

28 Cf. E. H. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey*, Alianza, Madrid, 1985, p. 218.

29 NC, p. 70.

30 R. FILMER, *Patriarca o el poder natural de los reyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 48.

31 NC, p. 78. Desde comienzos de la Edad Media se había extendido el mito de la fundación de Inglaterra y Francia por un grupo de refugiados troyanos. Uno de estos grupos, mandado por Bruto, fue quien, a juicio de Fortescue, constituyó el reino británico. Cf. NC, p. 75. Otro de estos grupos, guiado por el rey Francus, hijo de Príamo, fue, según la leyenda, quien habría fundando Francia. Cf. M. FOUCAULT, *Genealogía del racismo*, La Piqueta, Madrid, 1992, p. 123.

Con el concepto de *prorruptio* alude Fortescue a una fase ulterior de integración del cuerpo político en el gobierno: la articulación constitucional. Se corresponde con el *dominium politicum et regale* de Inglaterra, caracterizado por la participación de todos los miembros del cuerpo político en el gobierno. En esta ocasión, la metáfora estática orgánica, cabeza igual a rey y miembros igual al resto del reino, resulta inapropiada, dada la preponderancia que en ella alcanza la cabeza o el monarca. Para describir esta pluralidad política, Fortescue utiliza una nueva analogía: la del concepto canónico *corpus mysticum*, cuya utilización en el ámbito secular permite poner de relieve el lazo sacramental que une a toda la comunidad. Se subraya de este modo la posibilidad de una representación ejercida por todas las partes de la comunidad inglesa y no sólo por su parte más importante, el rey.

Si en la Iglesia o *corpus Ecclesiae mysticum* el *logos* transcendente de Cristo vinculaba a todos los fieles, en el *corpus Reipublicae mysticum* o reino es la *intencio populi*³² descrita por Fortescue la que se convierte en un *logos* inmanente a la sociedad y capaz de reunir al cuerpo político en un todo. La *intención del pueblo*, entendida como el corazón de la república, pretendía demostrar que el centro animador del cuerpo social no se hallaba en ninguno de sus miembros, ni en el rey ni en la multitud de súbditos, sino en todos a la vez, en ese intangible centro vivo del reino denominado *intencio populi*, cuya principal manifestación eran las leyes o nervios del *corpus Reipublicae mysticum*³³.

El cuerpo místico del reino inglés estaba formado por el Rey, los Lores y los Comunes, esto es, por el Rey en Parlamento. A diferencia del rey francés que gobernaba en solitario o de modo sólo monárquico, el Rey inglés tenía un carácter compuesto o, como ha escrito Kantorowicz, *politécnico*³⁴. En *The Governance of England*, Fortescue ahonda en esta concepción del reino como *corpus mysticum*. En su opinión, el *rex* de Inglaterra, aun siendo el más alto estado temporal, no es más que un cargo al servicio del *regnum*. Por eso, el Rey en su reino es igual al Papa en la Iglesia, un *servus servorum Dei*, o, en palabras de Nicolás de Cusa, «*princeps maior, minor universis*».

32 «En esta fórmula, la palabra *pueblo* no significa un grupo exterior de seres humanos, sino la substancia mística que irrumpe con el proceso de la articulación, y la palabra *intención* significa el deseo o el ansia de esta sustancia por irrumpir y mantenerse en existencia articulada como una entidad que por medio de su articulación puede atender a su propio bienestar» (NC, p. 73). El *spiritus vitalis* de Grocio guarda gran afinidad con la *intencio populi*. Pues, a través de su materialización en las leyes, vincula a todos los miembros de la *consociatio iuris atque imperii*.

33 «La Ley por la cual un *cetus hominum* se convierte en un *populus* se asemeja a los nervios del cuerpo físico; pues de la misma manera que el cuerpo se mantiene unido por los nervios, así el *corpus mysticum* (del pueblo) se mantiene unido por la ley» (J. FORTESCUE, *De laudibus*, cit. en KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 216).

34 Cf. *Ibidem*, p. 218.

Lo más importante de la teoría de Fortescue estriba en que el *rey* aparece como un representante y no como un soberano. El propósito final del jurista inglés consistía en legitimar el sistema politicéntrico medieval que se caracterizaba, como sostienen Burke y Sternberger, por mantener la pluralidad política y por defender una soberanía ejercida por todos los miembros del cuerpo político. La tradición orgánica de la Inglaterra medieval influirá decisivamente para que en este país no arraigue, pese a Hobbes, el absolutismo que atribuye la soberanía a un representante del *corpus mysticum*. En Francia, sin embargo, la doctrina corporativa dominante no impedirá la confusión de la totalidad del cuerpo político con la cabeza o *dignitas realis*.

Como era previsible, Vögelin ha subrayado de Fortescue el componente existencial de la representación regia. De su interpretación se deduce que el rey inglés, cuya misión básica consiste en hacer realidad una comunidad política unificada (*intencio populi*), sigue siendo soberano. Por esta razón no debe sorprendernos que asocie la teoría de Fortescue a la de Hobbes³⁵. El autor del *Leviathan* es el pensador que, al entender de Vögelin, descubrió el problema de la *existencia*³⁶, y trató de resolverlo por medio de su teoría de la representación. Para Hobbes, el símbolo contractual no constituye la esencia de la sociedad política: el acto por el cual se crea la persona comunitaria o *Leviatán* es algo «más que un consentimiento o una concordia como parece sugerir la terminología contractual»³⁷. La clave de la articulación social del Estado hobbesiano no radica en las relaciones horizontales o en el contrato social, sino más bien en las relaciones verticales derivadas de ese acto originario: «en la transformación psicológica de las personas que se juntan para crear la sociedad», y que, a partir de ahora, están dispuestas a someterse y quedar subordinadas al gobierno.

Vögelin, como Hobbes, acaba identificando el problema del representante con el del soberano: su *representación existencial* tan sólo es una representación soberana³⁸. Por este motivo no puede reconocer los beneficios políticos que aporta la teoría normativa del contrato social y la atribución de *plena potestas* al pueblo. Su tesis acerca de la relación entre el poder del re-

35 «La concepción que Hobbes tiene acerca del proceso a través del que cobra existencia una sociedad política es muy similar a la idea expuesta por Fortescue sobre la creación de un nuevo *corpus mysticum* por medio de la irrupción de un pueblo. Los pactantes no crean un gobierno que tenga por misión representarse como personas individuales. Por el acto del contrato dejan de ser personas que se auto-gobiernan, y transfieren a una persona nueva, la comunidad, sus impulsos de poder. El portador de esta nueva persona, su representante, es el soberano» (NC, p. 282).

36 «Insistió en que cualquier orden era bueno si aseguraba la existencia de la sociedad» (NC, p. 277).

37 NC, p. 284.

38 Cf. A. RIVERA GARCÍA, *Thomas Hobbes: modernidad e historia de los conceptos políticos*, en *Res publica* 1 (1998), pp. 183-198.

presentante y la ley es profundamente decisionista, ya que la regularidad del ordenamiento jurídico sólo es factible cuando existe una situación previa de normalidad u homogeneidad social. Situación garantizada por un representante que concentra en sus manos todos los poderes del Estado y no puede ser sometido a ningún control o censura.

2.3. Realismo político e institucionalismo

Esta política realista debe mucho al *institucionalismo* que, a principios de siglo, expuso el profesor de derecho administrativo Maurice Hauriou, quien además de subrayar el aspecto existencial o vitalista de la representación, nos habla de una idea directriz que guarda una gran afinidad con la *intencio populi* de Fortescue. *La théorie de l'institution* se caracteriza ante todo por su antinormativismo o, mejor aún, porque la norma jurídica constituye una realidad derivada de la institución y, en consecuencia, ocupa un lugar secundario dentro del sistema jurídico³⁹.

Aunque existen también instituciones-cosas, Hauriou se interesa especialmente por las instituciones-personas y, en concreto, por el Estado. Tres elementos lo componen: la obra o empresa a realizar (idea directriz); el poder organizado para materializar la idea; y la comunión de los miembros del grupo social en torno a la empresa y a su realización. La *institution* precisa, por tanto, de una *idée directrice* y de una estructura con poder *efectivo*, esto es, reconocida por los miembros del cuerpo constituido, y encargada de hacer realidad el objeto de la empresa. En el caso del Estado, la idea directriz consistirá en lograr «una nación políticamente unificada mediante la transformación de la diversidad desorganizada, existente con anterioridad, en un cuerpo organizado para la acción»⁴⁰. La estructura con poder efectivo para plasmar esta idea y crear una comunidad nacional es el representante soberano (gobierno). Según Hauriou, un gobierno es legítimo cuando funciona *de facto*, sin necesidad de leyes que le habiliten, como representante de la institución estatal; o dicho de otro modo, cuando desde una posición de mando soberano emprende la labor de realizar la idea de *comunidad nacional*. Representación y soberanía se confunden en este gobernante que, siendo anterior al orden constitucional, sólo está guiado por la idea directriz.

También el *ordinamento giuridico* de Santi Romano y el *konkretes Ordnungsdenken* de Carl Schmitt se sitúan dentro del institucionalismo clásico. El concepto de *institution* permite al autor de *La dictadura* pensar el ordena-

39 «Son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no las reglas de derecho las que crean las instituciones» (M. HAURIOU, *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Surco, 1947, p. 101).

40 NC, p. 79.

miento jurídico como un orden concreto y superar así las concepciones normativistas, decisionistas y positivistas. El Estado tendrá entonces el carácter de una *institución de instituciones* o, en palabras de Schmitt, de un orden concreto de órdenes concretos⁴¹.

Para Hauriou, la *règle du droit* no crea la institución; al contrario, la realidad y sentido de una norma emana de la institución. Igualmente Schmitt subraya, en oposición al normativismo puro de Kelsen, que los «ámbitos de vida configurados de modo institucional»⁴², y entre ellos el estatal, no son una mera suma de reglas jurídicas, pues éstas únicamente constituyen una parte restringida y derivada del *orden interno concreto*, de la *institución o nomos basileus*⁴³. Pretende denunciar de esta manera «el juego normativista de la *Lex* contra el *Rex*», que convierte al representante supremo en una simple función de la norma⁴⁴.

Por otro lado, el realismo político de Schmitt se caracteriza por tener como horizonte de existencia la guerra civil. Su teoría política, en tanto asocia la soberanía con los conceptos de dictadura y situación excepcional, no resulta adecuada para describir los estados de normalidad jurídica. El soberano schmittiano es aquél que, cuando la necesidad es urgente, está capacitado para modificar o sustituir cualquier norma, incluidas las más fundamentales. Desde este punto de vista, el funcionamiento regular del ordenamiento jurídico tendrá lugar solamente cuando el soberano decida que así sea, esto es, cuando inhíba su potestad para decidir *contra legem* porque la situación ya no sea peligrosa⁴⁵. Esta decisión soberana, llamada *norma de realización del derecho*, también pertenece al ámbito jurídico, dado que tiene como objetivo

41 «El Estado mismo no es para el modo de pensar institucional una norma o un sistema de normas, tampoco una mera decisión soberana, sino la *institución de instituciones*, en cuyo orden muchas otras instituciones en sí autónomas encuentran su defensa y su orden» (C. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica (TM)*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 64). Schmitt denomina *konkretes Ordnungsdenken* al tercer modo de pensar la ciencia jurídica y no *théorie de l'institution* porque el término de origen latino puede generar, en su opinión, numerosos malentendidos. Como ejemplo de ellos, alude al matiz neotomista que George Renard dio a la teoría de su maestro. Cf. *TM* p. 66.

42 *TM*, p. 20.

43 Cf. *TM*, pp. 11-12.

44 *TM*, p. 15.

45 Vögelin también admite en situaciones excepcionales que el gobierno soberano actúe *contra legem*: «No hay por qué suponer que un Gobierno democrático tiene que convertirse en cómplice de su propio derrocamiento dejando que los movimientos gnósticos crezcan prodigiosamente al amparo de una interpretación turbia de los derechos civiles. Si por inadvertencia un movimiento semejante se ha multiplicado hasta alcanzar ese punto de alarma que es la conquista de la representación existencial mediante la famosa *legalidad* de las elecciones populares, el Gobierno democrático no debe *inclinarse ante la voluntad del pueblo*, sino dominar el peligro por medio de la fuerza y, si es necesario, quebrantar la letra de la Constitución para salvar su espíritu» (*NC*, p. 224).

principal construir aquella «unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo» invocada en el preámbulo de la Constitución de Weimar, sin la cual no existiría un orden concreto estatal delimitado por reglas jurídicas. Por esta razón, la autoridad soberana puede «crear derecho sin tener derecho»⁴⁶, y, además, resulta falsa la esquemática distinción entre sociología, a la que pertenecería la decisión sobre el *extremus necessitatis casus*, y teoría del derecho.

En resumen, la teoría de la institución o del orden concreto no se puede comprender sin tener en cuenta dos principios: primero, la representación existencial es anterior a la constitucional; y, segundo, «el origen de la ley no puede encontrarse en las normas legales, sino en la decisión que sustituye una situación litigiosa por un poder ordenado»⁴⁷. Por lo demás, la institución estatal resulta análoga al ente jurídico denominado *Anstalt* (institución, establecimiento o fundación) por la doctrina alemana. Ese Estado-establecimiento, al hallarse ligado a la dominación de hecho del representante y a la noción bodiniana de soberanía, tiene un origen anterior a la *Lex*. Asimismo es muy semejante al dios mortal hobbesiano o al Estado mecanicista, ya que el principio rector de la sociedad procede, en contraste con los entes corporativos, de fuera, de un representante soberano e irresponsable. Lo cual implica reducir el Estado a mera administración, o, como nos advierte Weber, burocratizar todas las relaciones políticas. El Estado surge entonces como el conjunto de los medios materiales y personales al servicio del fundador o soberano encargado de realizar la *intencio populi, idée directrice* o *idée organisatrice*. Con ello, la política se convierte en técnica social y desaparece la soberanía unida a la ciudad, a ese espacio donde se produce la comunicación entre todos los ciudadanos, y de la cual resultan los programas políticos generales.

3. ESTADO SOBERANO

3.1. ¿Es el Estado una persona jurídica?

Por último vamos a criticar las teorías que otorgan la titularidad de la soberanía al Estado en lugar del pueblo. El *Estado-soberano*, cuando va unido a la idea romántica de nación, engendra el peligroso concepto de *Estado-nación* y un orden internacional que en nada favorece la confederación y convergencia entre los distintos ordenamientos jurídicos estatales.

En mi opinión, la metáfora de la red caracteriza perfectamente al Estado: se trata ante todo de una red de leyes. Esta estructura configura un espacio

46 C. SCHMITT, *Teología política*, Cultura Española, Madrid, 1941, p. 44.

47 NC, p. 80.

en cuyo seno se realiza la comunicación jurídica entre los ciudadanos. La pertinencia de la metáfora viene dada porque la red hace alusión, frente a la materialidad del suelo edificable y del pueblo, al medio invisible e intangible de la *communicatio*. Para las redes se necesita un medio donde tenderlas y no un suelo firme⁴⁸. En este sentido parece expresarse Rousseau cuando atribuye al Estado una significación pasiva⁴⁹: un medio carece de voluntad. El Estado supone entonces un concepto pasivo o estático (una estructura) y no activo (un poder o *Macht*). Cuando la soberanía se halla en el pueblo, en la voluntad general, y no en el Estado, adquiere un papel muy relevante el substrato plural de la vida política, siempre sometida a los vaivenes del *querer* popular.

El Estado no es así una *persona jurídica* a la cual se pueda atribuir la propiedad de las leyes fundamentales. La discusión en torno a la personalidad jurídica del Estado resulta capital para calibrar las posibilidades de una teoría republicana basada en la pluralidad y en la defensa del federalismo y de la división de poderes. A la postre, la historia de la Europa moderna ha demostrado que el republicanismo no puede subsistir a la personificación de todo el Estado. Böckenförde ha señalado atinadamente las desventajas de la teoría que lleva a esta personificación jurídica⁵⁰. En primer lugar, impide reconocer la multiplicidad de relaciones de *poder* (*Macht*) que se producen en la organización estatal. Ello es debido a que la unidad de la persona jurídica ignora el policentrismo característico de toda estructura estatal. En segundo lugar, tampoco es conciliable con la doctrina de la soberanía popular. Pues, en todo caso, soberano será el Estado, mientras que el pueblo como concepto jurídico será producido por aquél y tendrá el carácter de electorado o de órgano directo, matriz y creador de los otros órganos públicos superiores. En suma, los fundamentos de la teoría republicana, la división de poderes y el federalismo, difícilmente permanecen tras la personificación jurídica estatal. Además, esta circunstancia puede alentar la propuesta de un derecho penal internacional capaz de castigar a los Estados y, en el fondo, a los pueblos.

De ahí la necesidad de distinguir entre la personificación política y la jurídica, entre la organización constitucional y la administrativa. Para un republicanismo coherente, sólo la administración estatal, es decir, el ámbito de las relaciones patrimoniales, y no el conjunto de los elementos y poderes públicos, tiene el carácter de persona jurídica. La doctrina actual más autorizada mantiene que solamente debe reconocerse la personalidad jurídica a la Administración, a aquella parte del Estado referida a las relaciones patrimoniales y

48 Cf. H. BLUMENBERG, *op. cit.*, p. 88.

49 Cf. J. J. ROUSSEAU, *op. cit.*, I, c. VI, p. 23; III, c. I, p. 65.

50 Cf. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Organ, Organisation, Juristische Person*, cit. en A. GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 129.

que, en épocas anteriores, fue llamada *fisco*⁵¹. Ahora bien, la Administración depende de la organización política o constitucional, dado que es generalmente el ejecutivo, uno de los representantes del soberano popular, quien manda sobre los órganos administrativos. No debemos confundir la *representación jurídica* de las corporaciones e instituciones, sean públicas o privadas, con la *representación política* de los poderes clásicos constitucionales. Tampoco son iguales la voluntad de la persona jurídica y la *volonté générale*, pues el soberano, el pueblo articulado jurídicamente en Estado, nunca puede ser personificado, ni jurídica ni políticamente, sino sólo representado. Como ya hemos explicado, el concepto jurídico de *pueblo* no es un actor político o una *persona* abstracta que pueda mantener relaciones jurídicas con otras personas de su misma condición. De este modo serán únicamente los representantes del Estado quienes estén personificados, bien jurídicamente a través de la Administración, bien políticamente a través de los poderes públicos.

3.2. Jellinek: la identidad entre el Estado soberano y sus órganos

Entre las diferentes teorías que atribuyen la soberanía al Estado concebido como persona jurídica, me voy a limitar a exponer, con suma brevedad, la del formalista Jellinek por la gran repercusión que ha tenido en España⁵². Para el autor de la *Allgemeine Staatslehre*, el Estado es una persona jurídica de tipo moral y corporativo, y no es, en contra de la opinión de Gierke, una persona real u orgánica⁵³, ni, en contra de los realistas, una institución o estable-

51 Cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo, I*, Cívitas, Madrid, 1983⁴, pp. 347-358. La Administración del Estado se caracteriza en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos por su carácter institucional, es decir, por ser un establecimiento (*Anstalt*). A diferencia de los entes locales, donde suele regir el principio corporativo-representativo, pues se trata de un ente integrado por los ciudadanos y sus representantes, en aquella domina el principio institucional-burocrático. El carácter instrumental o asistencial de esta persona jurídica se refleja en el hecho de que engloba el conjunto de servicios públicos destinados a la ejecución de los fines del grupo político. El predominio del elemento administrativo y del elemento ejecutivo en el Estado moderno permitirá a MAX WEBER afirmar que la burocracia juega un papel central en la política moderna. No obstante, Weber, en sus escritos sobre el parlamentarismo, se propone rescatar el elemento político y criticar los nefastos efectos a los que conduce un régimen político burocratizado. Cf. *Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y los partidos*, en *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1991.

52 Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no siempre ha sido fiel a los conceptos políticos empleados por Jellinek (Estado y órgano supremo). En algunas ocasiones coincide con Jellinek en atribuir la soberanía al Estado (la STC 32/1981 habla del «Estado, titular de la soberanía»), pero en otras la concede al pueblo (la STC 100/84 se refiere a «las Cortes representantes del pueblo español, titular indiviso de la soberanía»). Cf. A. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, p. 164.

53 Tanto Gierke como Jellinek se oponen a la noción de persona jurídica pública y artificial procedente del derecho privado romano. Por eso, el segundo no sabe cómo clasificar al or-

cimiento. Teniendo ello en cuenta, lo define como la corporación territorial de un pueblo sedentario que goza de un poder de señorío originario⁵⁴. Aquí aparecen sus tres elementos clásicos: población, poder de dominación (*Herrschaftsgewalt*) y territorio. Cuando falta alguno de ellos nos encontramos ante «formas subordinadas a un Estado»⁵⁵. El poder de dominación o *imperium* es la esencia del Estado porque siempre va unido a los otros dos elementos, el pueblo y el territorio, de la sociedad política⁵⁶. Por lo tanto, la característica esencial del Estado, desde un punto de vista jurídico, no reside en la soberanía⁵⁷ sino en la posesión de un poder de dominación formal y originario: *formal*, porque su contenido es completamente indiferente para su existencia; y *originario*, porque procede de sí mismo y según su propio derecho.

El titular de la soberanía es la persona abstracta del Estado y no sus órganos concretos, ya se trate del pueblo o del representante de éste. Y un Estado será soberano cuando su poder de dominación no dependa de ningún poder exterior, de modo que él mismo pueda establecer la extensión de sus facultades legislativas y decisorias⁵⁸. Al final, tanto para el profesor de la Universi-

gicista Gierke: no sabe si su pensamiento debe incluirse dentro del *místico* organicismo subjetivista, que gira en torno a una persona colectiva real, o dentro de la teoría de la unidad colectiva (*Verbandseinheit*) que, a juicio de Jellinek, constituye la solución científica más correcta al problema de la personalidad jurídica del Estado. La ambigua posición de Gierke se debe a que ha otorgado al Estado una doble personalidad: por un lado tiene una personalidad colectiva real, es decir, goza de existencia prejurídica y de los fines permanentes de un organismo; mas, por otro, posee una personalidad corporativa, en virtud de la cual adquiere los rasgos de una persona jurídica, y no es anterior al derecho que la regula. Cf. *TGE*, p. 118.

54 Cf. *TGE*, p. 135.

55 Cf. *Fragmentos de Estado (FE)*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 59.

56 «El más importante de estos elementos en el Estado perfecto es el poder del gobierno, el Gobierno del Estado» (*TGE*, p. 325). «Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado» (*Ibidem*).

57 Según Jellinek, un Estado no precisa ser soberano para existir. Pues una persona jurídica se convierte en Estado cuando «el órgano supremo que pone en movimiento la actividad de la asociación» es independiente, autónomo, y no coincide con el órgano de ningún otro Estado (*TGE*, p. 370). Lo cual significa que «una comunidad sin propias leyes, propio Gobierno o propios Tribunales no es un Estado» (*FE*, p. 63). Éste es el caso del municipio o de la provincia, a los que Jellinek denomina *miembros* de un Estado: «siempre que una comunidad recibe su constitución de otro poder, de suerte que ésta no descansa en la voluntad de la comunidad, sino en la ley emanada de este poder, siempre que esto sucede, decimos, se trata de un miembro de un Estado» (*TGE*, p. 368). El jurista alemán también reconoce la existencia de una formación política, el *Staatsfragment*, que «está sometida al poder del Estado, sin disolverse totalmente en el Estado»: ni es un Estado ni un simple *miembro* estatal como las entidades locales. Cf. *FE*, p. 57.

58 «De dos Estados unidos permanentemente es no soberano aquél que no puede extender, por propias leyes, su competencia política, encontrando en el orden jurídico del otro Estado un límite para la ampliación de sus facultades; y es soberano, aquel Estado que, mediante sus leyes, puede sustraer a la competencia política del otro algunas cuestiones» (*TGE*, p. 372). Estados no soberanos son los Estados miembros de un Estado federal.

dad de Heidelberg como para Kelsen⁵⁹, la esencia del Estado termina siendo, como sucede en el realismo político, la coerción o el monopolio de la violencia física, del poder en el sentido de *Gewalt*, aunque en este caso sea ejercido por una persona jurídica y, en consecuencia, sea sometido a los límites del derecho. Los formalistas, a diferencia del institucionalismo y del existencialismo político, no confunden este *poder jurídico* con el poder de los representantes existenciales, esto es, con el *poder de hecho* que no está sometido a ningún límite normativo y suele desplegarse en los estados excepcionales o durante las conmociones de la vida del Estado: revoluciones, golpes de estado, secesiones, etc. El *poder jurídico* al cual hace referencia Jellinek, el poder ordinario de la organización estatal, implica una *Gewalt* racionalizada que, al estar sometida a reglas firmes, proporciona seguridad jurídica.

Un análisis detallado, que ahora no podemos realizar, de la teoría del órgano de Jellinek, y especialmente de la identidad entre el Estado y sus órganos⁶⁰, nos permitiría señalar los inconvenientes de atribuir la soberanía a la persona corporativa estatal. Ante todo, dado que la voluntad unitaria del Estado exige la existencia de un sólo órgano inmediato supremo⁶¹, el jurista alemán cuestiona la viabilidad de la república federal y del sistema republicano de división de poderes, donde siempre hay, al menos, dos órganos superiores. A su juicio, estos regímenes están condenados al fracaso y al desorden civil: el resultado de la *conurrencia* entre varios órganos inmediatos e indepen-

59 «El Estado y su derecho —escribe H. Kelsen— son un solo y mismo sistema de coacción» (*Teoría pura del derecho*, cit., p. 196). O en otras palabras, son un orden que tiene como función esencial «reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres» (*Ibidem*, p. 74).

60 Jellinek establece una muy compleja taxonomía de los órganos políticos estatales. Gran interés merece la distinción entre órganos *inmediatos* o constitucionales y *mediatos*, es decir, entre órganos cuya existencia determina el régimen político de la asociación y órganos «cuya situación no descansa de un modo inmediato en la Constitución, sino en una comisión individual» (*TGE*, p. 422). Para Jellinek, entre el Estado y sus órganos inmediatos no hay una relación de representación porque constituyen una sola persona: «representantes y representados son siempre dos; la asociación y el órgano son y permanecen en todo momento en una misma persona» (*TGE*, p. 424). La representación pública es simplemente la relación entre un órgano *primario* y un órgano *secundario*: «órganos secundarios son aquellos que se encuentran, con respecto a otro, en relación orgánica y lo representan de una manera inmediata. El órgano primario representado, sólo puede exteriorizar su voluntad mediante el órgano secundario, y la voluntad de éste debe ser considerada como la voluntad inmediata del órgano primario» (*TGE*, p. 414). Los Parlamentos son, por tanto, los órganos secundarios que representan la voluntad del pueblo u órgano primario.

61 «La exigencia política de que la unidad del Estado se manifieste también en la unidad de un órgano supremo» no impide que el Estado reparta sus competencias entre distintos órganos: «no es pues necesario que todo el poder del Estado adquiera su expresión en un solo órgano competente» (*TGE*, pp. 416-417).

dientes no puede ser más que una lucha entre estos órganos para obtener el poder supremo. Lo cual implica desconocer —como señalaba antes Böckenförde— el policentrismo real o la convergencia de diversos poderes públicos que se produce en cualquier Estado.

Las tesis formalistas de Jellinek resultan incompatibles con un verdadero federalismo *dual y cooperativo*, pues, a su entender, en el Estado federal tan sólo existe un único poder soberano⁶², y el derecho de la Unión precede siempre al de los Estados miembros. El federalismo republicano se basa, por el contrario, en la coexistencia de diferentes Estados con soberanía, o de diversos pueblos con un ordenamiento jurídico propio, que deciden comunicar una parte de su derecho para crear una homogeneidad superior: un pueblo soberano más amplio. Ahora bien, los pueblos de los Estados miembros siguen siendo soberanos con respecto a las materias o competencias no comunicadas en la Constitución federal. Coexisten de esta forma en cualquier Estado miembro dos soberanías distintas y separadas, cada una de las cuales actúa dentro de su marco competencial.

Por otro lado, cuando se considera inadmisibles la concurrencia de diversos poderes independientes se ha de negar también la tesis republicana, sostenida desde Maquiavelo, Althusius, Spinoza y Montesquieu, que prescribe la división de poderes *jurídicos* para mantener la libertad pública. Pero, al contrario de lo que opina Jellinek, si en el Estado impera la homogeneidad característica de la ciudad, esta división no ha de generar enfrentamientos civiles, sino moderación en el uso de las potestades.

En la práctica, la teoría abstracta del alemán lleva a concentrar en un solo órgano supremo el mayor poder de decisión. Este órgano, y no importa que sea un monarca o una asamblea parlamentaria, se hace tan absoluto como lo pueda ser el representante soberano de los realistas e institucionalistas. Respecto a la confusión o identidad, propiciada por el mismo iusformalista, entre el Estado y el órgano supremo es muy significativa la siguiente anécdota: «Un día el emperador Guillermo recibió a Jellinek en audiencia, y cuando el maestro se inclinó reverentemente y saludó diciendo: *Majestad soberana*, el emperador le objetó que ya no lo era, porque él, Georg Jellinek, le había arrebatado la soberanía, a lo que replicó el astuto personaje: *aber, Ihre Majestät, l'État c'est vous*»⁶³. Así que después de tantas prevenciones, el formalista acaba donde empieza el realista: en la dominación absoluta de un órgano o representante supremo.

62 Cf. TGE, p. 587.

63 P. LUCAS VERDÚ, *Introducción*, en G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, nota 31 bis, p. XXI.

4. EL MITO DE LA CIUDAD

A modo de conclusión, podemos decir que la soberanía popular estudiada en el primer apartado escapa al peligro de la *teología política*, en su doble versión (representante soberano/Estado soberano), porque supone un derecho común a todos los miembros singulares de la sociedad pública: es sobre todo *Macht*, y sólo en una segunda instancia coerción (*Gewalt*). El Estado resulta de esta manera una forma de articular y poner de acuerdo a los individuos en su disfrute de los derechos subjetivos. Para ello, era preciso otorgar mayor importancia a la sociedad pública más pequeña, al nivel más elemental de la vida política, a la ciudad. Pues sólo en este ámbito se podía apreciar el goce individual de los derechos y la convergencia pacífica de una pluralidad irreductible de intereses. La ciudad se convierte de esta manera en el mito, en el modelo ahistórico, más efectivo para luchar contra el mito de *Leviathan*.

Sin embargo, la realidad administrativa se hace más patente cuanto mayor y más poblada resulta una organización territorial. La creación en Europa de poderosos Estados nacionales y centralizados situará en primer plano el problema administrativo, el deber y la subordinación. Hasta el punto de que la soberanía del Estado se confundirá durante mucho tiempo con la soberanía del gobierno o del órgano supremo, y la de éste con la administración burocratizada. El reto del presente sigue siendo evitar que las grandes estructuras estatales y supraestatales oculten la dimensión ciudadana o republicana, y desaparezca así el espacio público donde todos los hombres, por estar capacitados para ejercer el sentido común, pueden tanto elegir y criticar a sus representantes, como discutir y acordar los programas generales de acción política.