

MICHAEL STOLLEIS

# LA TEXTURA HISTÓRICA DE LAS FORMAS POLÍTICAS

Edición, presentación y traducción  
de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN, <i>por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez</i> .....	9
1. LA IDEA DEL ESTADO SOBERANO.....	13
2. <i>CONDERE LEGES ET INTERPRETARI</i> . PODER LEGISLATIVO Y FORMACIÓN DEL ESTADO EN LA EDAD MODERNA.....	37
3. <i>RESPUBLICA MIXTA</i> . SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ANTIGUO IMPERIO.....	61
4. SACRO ROMANO IMPERIO DE LA NACIÓN ALEMANA, REICH ALEMÁN, <i>TERCER REICH</i> - TRANSFORMACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE UNA IDEA POLÍTICA.....	75
5. DERECHO PREMODERNO Y POSMODERNO.....	95
6. ¿QUÉ VIENE DESPUÉS DEL ESTADO NACIONAL SOBERANO? ¿Y QUÉ PUEDE DECIR AL RESPECTO LA HISTORIA DEL DERECHO? .....	103

## PRESENTACIÓN

Este volumen recoge seis estudios publicados por Michael Stolleis a lo largo de veinticinco años. Pero en absoluto busca con ello resumir su trayectoria para el lector en lengua castellana, una pretensión que también era ajena a nuestra anterior edición de textos del autor<sup>1</sup>, y a la que, si acaso, sólo cabría aproximarse comenzando con la traducción completa de los tres volúmenes de su formidable *Historia del Derecho Público*<sup>2</sup>. Aquí se trata, más bien, de ilustrar del mejor modo imaginable, editando algunos trabajos de quien hoy es sin duda uno de los más brillantes historiadores del Derecho en Europa, una hipótesis que el editor de los materiales considera digna de cierta atención. De este modo, la instrumentalización que sufren habitualmente los autores citados a pie de página es elevada aquí a la máxima potencia, al proponer seis artículos magistrales como material de contraste para una idea, por lo demás bastante elemental, que se formulará en apenas un par de páginas<sup>3</sup>. Contamos para ello con la benevolencia de Michael Stolleis, y quizá también con cierta conformidad suya hacia ciertos aspectos de dicha hipótesis, a fin de cuentas fecundada por la lectura de sus escritos.

Comenzaré por aproximarme a la estructura del libro. Los dos primeros trabajos se refieren al surgimiento de la forma política «Estado»; el primero en términos más generales, aunque destacando las diversas configuraciones locales del proceso y haciendo referencia específica a

---

<sup>1</sup> M. STOLLEIS, *La Historia del Derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009 (por más que en la introducción de dicho volumen se esboce una panorámica general, apenas un índice muy selectivo y brevemente comentado, de la obra de Stolleis).

<sup>2</sup> M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Múnich, C. H. Beck, 1988, 1992 y 1999.

<sup>3</sup> Algunos desarrollos pueden verse en mis trabajos «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», en A. PETERS, M. J. AZNAR e I. GUTIÉRREZ (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15 ss., e «Introducción. Derecho constitucional para la sociedad multicultural», en I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (ed.), E. DENNINGER y D. GRIMM, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9 ss. Esta edición se inserta, pues, en una línea de trabajo que ahora resulta avalada por el proyecto de I+D del Ministerio de Educación (Investigación Fundamental) «Constitución y globalización: transformaciones del Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales» (DER2009-10375, 2010-2012), dirigido por Óscar Alzaga Villaamil.

la situación de Alemania, cuyas peculiaridades en este contexto nunca pasan desapercibidas; el segundo analizando el desarrollo en aquella fase histórica de la potestad legislativa, tan decisiva para la configuración definitiva del Estado soberano en la Edad Moderna. Los dos últimos, en un tono quizá más ensayístico, describen las transformaciones que hoy afectan al Derecho, en cierto modo retrotrayéndolo a una configuración premoderna, y también, en consecuencia, a la propia forma política *Estado*. La disposición simétrica de estos cuatro estudios busca contraste y equilibrio en dos intermedios, dedicados a la forma política «Imperio/Reich». Su concepción a lo largo de la Edad Moderna (justo el momento en que *el Estado* goza de hegemonía), su transformación en el siglo XIX (bajo la presión del dominante *Estado nacional*) y su definitiva combustión en el marco del régimen nacionalsocialista suponen un contrapunto, creemos que ilustrativo, respecto de los desarrollos usuales. Porque, en efecto, mientras la idea de «Estado» prevalece en toda Europa, subsiste en la realidad política alemana un «Imperio» difícil de procesar con las categorías entonces convencionales, que ni siquiera en el momento álgido del Estado nacional se identifica plenamente, por ejemplo, con el paradigma francés.

Pues ocurre, a fin de cuentas, que la Historia concreta está tejida por acontecimientos y procesos singulares. Su narración pretende aproximarse a los criterios científicos cuando se sirve del clásico mecanismo de la tipificación mediante *género próximo y diferencia específica*. Precisamente la clasificación de las formas políticas por parte de Aristóteles fue canonizada en los orígenes de la ciencia política. Con la Edad Moderna, las relaciones de poder lograron una sustantividad nueva en torno a las ideas de Estado y de soberanía. Si con unas y otras categorías se contribuye ciertamente a comprender la realidad, se corre también el riesgo simultáneo de incurrir en el realismo de los universales y, lo que seguramente no es menos grave, de negar relevancia histórica a lo que no resulta racionalizable mediante ellos.

La pretensión ordenadora del Derecho, su esfuerzo por generar estabilidad y regularidad, se desarrolla igualmente a través de la construcción de tipos, que son dotados además de una específica fuerza normativa. Así, el nuevo Derecho internacional que se hizo necesario tras la Paz de Westfalia tipificó los sujetos que lo conformaban y a los que se dirigía, prescindiendo de las singularidades de su constitución interna y reduciéndolos a unos pocos rasgos característicos mediante una idea de Estado deliberadamente simplificadora.

Dentro de lo que el Derecho internacional consideraba «Estados» se han documentado entretanto reticencias inglesas hacia el uso de la categoría, una preferencia francesa por la idea de *Nation*, la identificación de otras comunidades con las nociones de Monarquía, República, Confederación o Federación... Pero también la ciencia del Derecho público interno parece haber terminado convirtiendo la forma política «Estado» en su concepto fundamental. Quizá ello sea, ante todo, una

especificidad alemana, en parte alimentada por las dificultades de construcción de un Estado alemán a lo largo del siglo XIX; producto específico alemán, pues, luego exportado, con el conjunto de su ciencia jurídico-pública, a la doctrina española del Derecho político. Las viejas complejidades de la ciencia política fueron así sustituidas por nuevos refinamientos dogmáticos, en cuyos laberintos seguimos en buena medida encerrados.

Pero lo cierto es que, al mismo tiempo que «el Estado», como categoría unitaria y simplificadora, dominaba el terreno de las grandes ideas, la realidad (en parte conformada por ellas, en parte dotada de vida autónoma) presentaba innumerables variantes e incluso fenómenos tan supuestamente aberrantes como el Sacro Romano Imperio de la Nación Alemana. También el Derecho internacional ha cambiado con el paso del tiempo, la noción de Estado que es hoy operativa en él ha sufrido notables transformaciones, admite como sujetos también a entidades diferentes... Y desde el punto de vista del Derecho interno, la globalización y la multiculturalidad han transformado radicalmente las bases sociales y las pretensiones de poder del Estado nacional soberano.

En definitiva, no cabe aferrarse a las categorías doctrinales como formas petrificadas en los manuales. Para desentumecer la mirada, y disponernos así a captar mejor las nuevas realidades que están brotando, conviene volver la vista hacia el pasado y, yendo más allá de los saberes solidificados dentro de moldes tipificadores ya obsoletos, admirar la riqueza de variantes que éstos se esforzaban en reducir a unidad. Redescubrir la textura histórica de las formas políticas, atrapadas a menudo por el pensamiento dogmático, es el mejor modo de abrirse a su renovación.

Descender a ciertas particularidades de la formación de los Estados y de la idea de Estado puede ser, en este sentido, muy enriquecedor. Pero no lo es menos comprobar cómo, entretanto, el Reich real pervive, se debilita y se derrumba, cómo su idea renace y se pervierte, cómo se concreta de nuevo, arde y se consume hasta la dispersión final de sus cenizas. No es ése, en cualquier caso, el futuro que aquí auguramos al Estado: es probable que el poder público siga asumiendo, al menos durante un tiempo previsiblemente largo, el ropaje de los viejos Estados, junto con sus estructuras y sus medios. Pero su realidad y sus funciones ya se han transformado decisivamente, tanto en el ámbito jurídico interno como en el internacional. Y el reto no consiste en someter las novedades al lecho de Procusto de los saberes adquiridos, sino en procesarlas mediante la construcción de una teoría del Derecho público a la altura de los tiempos.

## LA IDEA DEL ESTADO SOBERANO\*

«El Estado es una categoría que percibimos en decadencia. Esto no ofrece dudas para el Estado nacional soberano; ascendió con la modernidad, con el final de ésta concluye también la soberanía de Estado»<sup>1</sup>. Lo que aquí se entona como inevitable resulta plausible y sugestivo. Pero también genera numerosas preguntas. ¿Qué fue lo que entonces «ascendió» y por qué se denominó soberano? ¿Por qué ha de encontrar ahora su fin, cuando la modernidad termina y comienza la posmodernidad? ¿Acaso no tendrá razón quien dice: «la posibilidad de una superación posmoderna del Estado no está a la vista»?<sup>2</sup> ¿No podría incluso predecirse que en una época de nuevos nacionalismos y fundamentalismos, como la que parece abrirse paso, será necesaria de nuevo precisamente la simple procura de orden y pacificación a cargo de un «Leviatán» desideologizado?

Comoquiera que especulemos sobre el futuro de la construcción humana denominada «Estado», los criterios básicos guardarán siempre relación estrecha con nuestros conocimientos sobre el fenómeno histórico del Estado. Ese conocimiento ni es suficiente, ni puede ser acrecentado como suma de proposiciones objetivamente ciertas<sup>3</sup>. Existirán más bien en cada caso propuestas de explicación dependientes del momento y del contexto, sobre las que se podrán alcanzar acuerdos más o menos estables. Para evitar malentendidos debería existir claridad sobre los fines y el objeto de tales proposiciones. El tema que se me ha propuesto, «la idea del Estado soberano», puede

---

\* «Die Idee des souveränen Staates», en R. MUBGNUG (ed.), *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens, Der Staat*, suplemento 11 (Actas del Congreso de la Asociación de Historia Constitucional celebrado en Hofgeismar del 15 al 17 de marzo de 1993), Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 63-85. Traducción de Ignacio Gutiérrez.

<sup>1</sup> J. H. KAISER, «Staatslehre», en *Staatslexikon*, 7.<sup>a</sup> ed., t. V (1989), columna 195.

<sup>2</sup> A. HOLLERBACH, «Recht», en *Staatslexikon*, 7.<sup>a</sup> ed., t. VI (1992), columna 43.

<sup>3</sup> G. PATZIG, «Das Problem der Objektivität und der Tatsachenbegriff», en *Tatsachen, Normen, Sätze*, 1980, pp. 76 ss.

sugerir que se trata de formular proposiciones de carácter histórico-filosófico. Pero no es eso lo que aquí se pretende. Mi actitud frente a la Filosofía de la Historia orientada con criterios idealistas es más bien la del historiador desconfiado que busca observar no el desarrollo de las «ideas», sino, con la ayuda de textos, las relaciones entre lenguaje y acción social<sup>4</sup>. En el caso que nos ocupa parece que tendría sentido explicar, con la mirada orientada por el objeto «Derecho», las condiciones históricas de la constitución lingüística de la «soberanía» en la Edad Moderna. Ésta es la fase temporal situada entre el «Estado medieval» —quizá pudiéramos ponernos de acuerdo en denominar así aquella formación—, en cierta medida carente de soberanía, y el «Estado nacional» de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, que ya incorpora la soberanía. El tema, de este modo colocado en perspectiva histórica, resulta aún de tal generalidad, sobre todo en la medida en que se aborde con alcance europeo, que en el limitado espacio del que disponemos sólo caben unas pocas afirmaciones generales. En el mejor de los casos podrá mostrarse alguna tendencia en parte propuesta normativamente, en parte históricamente consolidada. Deberá darse por conocida la enorme cantidad de investigaciones acerca de «la soberanía en la Edad Media»<sup>5</sup>, sobre las fuentes y tradiciones procesadas por Bodino<sup>6</sup>, sobre la recepción de Bodino en Europa, así como

<sup>4</sup> Con más detalle al respecto M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. I (1988), pp. 43-57.

<sup>5</sup> W. ULLMANN, «The Development of the Medieval Idea of Sovereignty», en *English Historical Review*, 65 (1949), pp. 1 ss.; S. MOCHI-ONORY, *Fonti canonistiche dell' idea moderna dello Stato. Imperium spirituale, jurisdictio divisa, sovranità*, Milano, 1951; P. RIESENBERG, *Inalienability of Sovereignty in Medieval Political Thought*, New York, 1956; F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1957; H. KRAUSE, «Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht», en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 75 (1958), pp. 206-251; W. GOEZ, *Translatio Imperii. Ein Beitrag zur Geschichte des Geschichtsdenkens und der politischen Theorien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, 1958; S. GAGNÉ, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm, 1960; M. J. WILKS, *The Problem of Sovereignty in the later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge, 1963; E. STENGEL, «Kaisertitel und Souveränitätsidee. Studien zur Vorgeschichte des modernen Staatsbegriffs», en *Abhandlungen und Untersuchungen zur Geschichte des Kaisergedankens*, 1965, pp. 241 ss.; G. POST, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton, 1964; del mismo autor, «Vincencius Hispanus, "Pro ratione voluntas" and Early Modern Theories of Sovereignty», en *Traditio*, 28 (1972), pp. 159-184; R. L. BENSON, «Plenitudo potestatis. Evolution of a Formula from Gregory IV to Gratian», en *Studia Gratiana*, 14 (1967), pp. 193-217; Y. BONQERT, «Vers la formation d'un pouvoir législatif royal (fin 11e - début 13e siècle)», en *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, pp. 127-140; L. BUISSON, *Potestas and Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter*, 2.<sup>a</sup> ed., 1982; B. TIERNEY, «"Divided Sovereignty" at Constance. A Problem of Medieval and Early Modern Political Theory», en *Annuaire Historiae Conciliorum*, 7 (1975), pp. 238-256; H. G. WALTHER, *Imperiales Königtum, Konziliarismus und Volkssouveränität. Studien zu den Grenzen des mittelalterlichen Souveränitätsgedankens*, 1976; J. GAUDEMET, «La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'État», en *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, t. I, Firenze, 1982, pp. 1-6.

<sup>6</sup> P. MESNARD, *Jean Bodin en la historia del pensamiento*, Madrid, 1960; M. IMBODEN, *Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre*, 1963; R. SCHNUR, *Die französischen Juristen im Bürgerkrieg des 16. Jh.*, 1963; del mismo autor, «Neue Forschungen über Jean Bodin», en *Der Staat*, 13 (1974), pp. 111 ss.; H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, t. I, *Die Grundlagen*, 1970, con referencias a la literatura anterior; R. E. GISEY, «Medieval Jurisprudence in Bodin's Con-

cuanto se ha escrito con referencia a la «soberanía» desde el punto de vista de la teoría del Estado<sup>7</sup>. Lo mismo sirve para la literatura histórica referida a países concretos, que se ocupa del «surgimiento del Estado moderno»<sup>8</sup> en contextos espaciales específicos. Para aligerar el texto hay que decir ya también que, a mi juicio, Helmut Quaritsch, en su sintética exposición de 1986 sobre los problemas de la soberanía en la Edad Moderna, planteó las cuestiones esenciales y colocó los acentos de manera correcta: al subrayar la diferencia entre pensamiento medieval y moderno; en la posición excepcional que atribuye a Bodino, y que éste merece seguir disfrutando pese a todas las discusiones sobre sus «precursores»; en el procesamiento, en fin, de los problemas jurídicos decisivos.

## 2

La jornada tiene por rúbrica general «Surgimiento y transformación del pensamiento jurídico-constitucional». Se tratan también cuestiones de la época medieval y de los orígenes de la Edad Moderna. Por tanto, debe tomarse como punto de partida un concepto de constitución amplio, que, frente al impuesto en los siglos XIX y XX, resulte diferenciado, «historicado» y, en esa medida, preconstitucional. Lo que ocurre desde la Baja Edad Media hasta el umbral de la época propiamente constitucional es, en este sentido amplio, mutación constitucional<sup>9</sup>; un desplazamiento, que tiene lugar en toda Europa, de los elementos con trascendencia política, de las estructuras de poder que se consideran legítimas y que se garantizan jurídicamente, también de las fundamentaciones y explicaciones intelectuales que las preceden, las acompañan o las siguen.

---

cept of Sovereignty», en H. DENZER (ed.), *Jean Bodin. Verhandlungen der Internationalen Bodin-Tagung in München*, 1973, pp. 167-186; *Jean Bodin, Actes du Colloque interdisciplinaire d'Angers*, 1985; A. SERRANO GONZÁLEZ, *Como lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*, Madrid, 1992, pp. 61 ss. Debe mencionarse aquí como especialmente meritorio el trabajo de traducción al alemán y cotejo de las diversas ediciones de Bodino realizado por B. WIMMER, *Sechs Bücher über den Staat*, t. I (1981), t. II (1986), editado por C. Mayer-Tasch.

<sup>7</sup> Un resumen en L. WILDHABER, «Entstehung und Aktualität der Souveränität», en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. FS K. Eichenberger*, 1982, pp. 134-145. Se consideran expresamente como ya conocidos D. WILLOWEIT, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, 1975, así como los capítulos del mismo autor en el t. I de la *Deutsche Verwaltungsgeschichte* (1983); H. DREITZEL, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat. Die «Politica» des Henning Arnisaeus (ca. 1575-1636)*, 1970; del mismo autor, *Monarchiebegriffe in der Fürstengesellschaft*, 2 tomos, 1991, y también de H. DREITZEL, *Absolutismus und ständische Verfassung in Deutschland. Ein Beitrag zu Kontinuität und Diskontinuität der politischen Theorie in der frühen Neuzeit*, 1992; Chr. LINK, *Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, 1979, así como especialmente H. QUARITSCH, cit. en n. 6, y del mismo autor, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806*, 1986.

<sup>8</sup> Una crítica a esta expresión en S. SKALWEIT, *Der «moderne Staat». Ein historischer Begriff und seine Problematik*, 1975.

<sup>9</sup> Sobre ella desde una perspectiva actual E. W. BÖCKENFÖRDE, «Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandels», en P. BADURA y R. SCHOLZ (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. FS P. Lerche*, 1993, pp. 3 ss.

Para comprender hasta cierto punto los fundamentos de tal desplazamiento deben ser identificadas las auténticas fuerzas motrices que actúan en el largo periodo temporal que comprende desde la Baja Edad Media hasta el final del *Ancien Régime*. Al respecto es costumbre subrayar lo «típico» y considerar lo «atípico» como excepción, por ejemplo la situación especial del Sacro Romano Imperio de la Nación Alemana; porque es sabido que el complejo proceso de «estatalización de la comunidad dinástica» (R. Vierhaus) no tuvo lugar en Alemania en el nivel superior, e incluso en los niveles intermedios e inferiores resultó extremadamente rico en variantes. Pero si se posa la mirada, en el largo periodo que va desde la Baja Edad Media hasta la Revolución francesa, sobre todo el espacio geográfico y cultural que llamamos Europa, entonces se incrementan las inseguridades. En todas partes ocurrió de manera diferente ese célebre «surgimiento del Estado moderno». Conforme a las estimulantes reflexiones de Otto Hintze, orientadas a la relación entre el espacio dominado y «los medios culturales y de poder disponibles»<sup>10</sup> y que asumen la gradual superación del viejo sistema feudal por las estructuras modernas, Inglaterra se coloca, desde el punto de vista temporal, a la cabeza. En las relaciones territorialmente más vastas que tenían lugar en Francia y Alemania, dice Hintze, se formaron en primer lugar unidades intermedias con una creciente cualidad estatal, en las cuales el dualismo característico entre estamentos («el país») y señores territoriales, después de largas luchas, se superó en favor del absolutismo. Sólo entonces se habría impuesto la idea estatal verdaderamente típica del Derecho público, la soberanía, sea en el nivel del Estado superior, Francia, sea en el nivel de los territorios, como en Alemania y en los pequeños Estados y ciudades-Estado de Italia. A medida que crecía el refinamiento de los instrumentos de poder pudo aumentar el tamaño del territorio dominado, y en la misma medida crecían las posibilidades de que un poder central lograra imponer su voluntad. Todo esto resulta plausible como resultado alcanzado de modo inductivo, pero no ayuda demasiado en la explicación de los casos particulares. Y Europa parece componerse de casos particulares. Si se intenta determinar cuándo la llamada «idea del Estado soberano», comprendida como concentración de poder en una sola mano, fue realizada en los particulares sistemas de cada región del continente, entonces nos encontramos con innumerables aporías. En el país clásico de la soberanía, Francia, esta «idea» se impuso claramente quizás sólo a partir de Richelieu, y, por tanto, desde 1624; en Prusia tal vez desde el Gran Elector Federico Guillermo I; en Dinamarca con Federico III y precisamente en el año 1660; en Suecia desde Carlos XI con la Declaración de Soberanía de 1693; el caso de España es de nuevo poco claro, quizá desde Carlos I (1516-1556); en Austria desde el Emperador Fernando I (1556-1564); en Rusia sea con el surgi-

<sup>10</sup> O. HINTZE, «Staatenbildung und Verfassungsentwicklung. Eine historisch-politische Studie», en *Staat und Verfassung*, Leipzig, 1941, p. 35.

miento de la autocracia bajo Iván III (1462-1505) o bajo su nieto Iván IV (1533-1584), sea sólo con Pedro I el Grande (1689-1725). Para todas estas propuestas existen argumentos dignos de ser discutidos. Cualquiera que sea nuestra decisión en cada caso, las respectivas «constituciones» en absoluto se van modificando conforme a un modelo unitario. Lo típico de Europa es más bien el desenvolvimiento diacrónico de los acontecimientos, como lo es también la coexistencia de las formas políticas más diferenciadas, en especial la coexistencia entre monarquías y repúblicas <sup>11</sup>.

La mirada hacia las formas de Estado, desde los más viejos «Estados-comarca» de los originarios cantones suizos (O. Hintze), pasando por las ciudades-Estado aristocráticas, las ciudades imperiales libres y la aristocracia polaca, hasta llegar a las monarquías que eran «absolutas» del modo más diferente que quepa imaginar, desplaza el problema hacia un lugar inadecuado. Es cierto que en la pretensión de poder del absolutismo, tendente a la centralización del aparato de dominio y a la supresión en la medida de lo posible de los poderes intermedios, la «idea de la soberanía» alcanzaba una expresividad peculiar. Y naturalmente que existen afinidades; pero absolutismo y soberanía no son idénticos. El portador de la soberanía y su contenido deben ser diferenciados. Con la pregunta acerca de la soberanía no se trata de determinar, en cierto modo estadísticamente, cuándo y cómo el dualismo entre príncipe y estamentos, característico del Estado estamental, quedó refundido en un poder estatal unitario <sup>12</sup>; porque incluso los Estados cuyo poder estaba ampliamente repartido eran entonces considerados también como soberanos.

En mi opinión se debe buscar el elemento material que comparten todos estos fenómenos, más bien, allí donde las formaciones políticas de cualquier tipo con pretensión de dominio que coexisten y rivalizan dentro de Europa empiezan a comprenderse a sí mismas como unidades definidas *territorialmente*. Es preciso preguntar dónde formaron algo así como una «coraza» exterior tanto en el plano del Derecho internacional como en el de la economía política, dónde al mismo tiempo intentaron llegar hasta quienes habitaban en su interior justo porque esas personas eran ahora comprendidas bajo una referencia primariamente territorial, ya no personal <sup>13</sup>. La palabra «coraza» alude a lo que aquí consideramos decisivo: la formación de fronteras políticas, la diferenciación entre los del país y los de fuera (extranjeros). Tampoco pa-

<sup>11</sup> H. G. KOENIGSBERGER (ed.), *Republiken und Republikanismus im Europa der frühen Neuzeit*, München, 1988; U. SCHEUNER, «Nichtmonarchische Staatsformen in der juristischen und politischen Lehre Deutschlands im 16. und 17. Jh.», en R. SCHNUR (ed.), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, 1984, pp. 737-774.

<sup>12</sup> Cfr. O. HINTZE, «Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes» (en el libro cit. en n. 10), pp. 110 ss., esp. p. 112.

<sup>13</sup> Demasiado lejos va a mi juicio LINK (cit. en n. 7), p. 73: «Fundamento del poder soberano hasta finales del siglo XVIII es no el territorio dominado, sino la sociedad (*civitas*), esto es, una comunidad personal ligada y constituida de modo especial por relaciones sociales».

rece casual que la palabra «frontera» («*Grenze*») sea un préstamo tomado en el siglo xvi del término eslavo «*granitza*»<sup>14</sup>, y que también las palabras «extranjero» («*Ausland*») y súbdito («*Untertan*») y la diferenciación entre *cives* y *peregrini* aparezcan o al menos cobren un peso especial sólo en el siglo xvi<sup>15</sup>.

Naturalmente, tanto estos procesos como la imposición del poder unitario son imposibles de datar mediante fechas precisas. También aquí estamos ante procesos que se desarrollan a lo largo de extensos periodos temporales, en los cuales el planteamiento de la pretensión política se adelanta con frecuencia a su imposición efectiva. Es evidente asimismo que los vínculos personales y territoriales conviven durante siglos, del mismo modo que entretanto se mezclan los fundamentos racionales y teológicos del poder<sup>16</sup>. También el feudalismo siguió existiendo en el Estado absolutista dominado por los funcionarios, y sus últimas secuelas fueron suprimidas sólo en la época constitucional. En sentido contrario, los elementos del moderno tipo de dominación se formaron ya mucho antes de la época dorada de la doctrina de la soberanía, los siglos xvi y xvii, como la tendencia a la administración central mediante un equipo de funcionarios leales y fungibles y la pretensión de un monopolio legislativo activamente gestionado. Todo esto es ya medieval, al menos apunta ya entonces. El papado, los emperadores Staufer y la monarquía francesa lograron en diferente medida concentrar el poder y racionalizar su dominio mediante una legislación activa y la formación de un funcionariado, y aspiraron con éxito a una «*suprema potestas*». En Alemania pueden apreciarse similares impulsos en los señoríos territoriales de mayor tamaño. Existe unanimidad hoy acerca de que los elementos tanto fácticos como ideológicos de la teoría de la soberanía del siglo xvi se remontan a la Alta Edad Media: tendencia a la formalización escrita, administración centralizada por parte de un «funcionariado» separado de los señores feudales, pretensión de monopolio legislativo, justificación de la legislación a partir de su carácter de mandato (*pro ratione voluntas*), separación tendencial de las cuestiones espirituales y seculares. En este sentido se puede hablar de «formas anticipadas» del Estado moderno en la Baja Edad Media<sup>17</sup>, se puede describir también una idea medieval de la soberanía —insertándola en su contexto y con conciencia de los cambios de significado y contenido que implica—, cabe constatar que la «soberanía popular» y el «contrato de dominio» también fueron concebidos en la Baja Edad Media<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> J. GRIMM, «Deutsche Grenzalterthümer», en *Kleinere Schriften*, t. II, 1865, pp. 30-74; H. SIEMS, *Flurgrenzen und Grenzmarkierungen in den Stamesrechten*, 1979.

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, J. E. LINCK, *Dissertatio de civibus et peregrinis*, Argentorati, 1729; C. F. HOMMEL, *Dissertatio de usu hodierno divisionis hominum in cives et peregrinos*, Lipsiae, 1750.

<sup>16</sup> Sobre esto último LINK (cit. en n. 7), pp. 83 s.

<sup>17</sup> Sobre el Estado estamental de la Baja Edad Media como «forma posfeudal precursora del Estado moderno», véase W. NÄF, «Frühformen des "modernen Staates" im Spätmittelalter», en *Historische Zeitschrift*, 171 (1951), p. 225.

<sup>18</sup> F. v. BEZOLD, «Die Idee der Volkssouveränität im Mittelalter», en *Historische Zeitschrift*, 36 (1876), pp. 315 ss.; W. ULLMANN, «Zur Entwicklung des Souveränitätsbegriffs im Spätmittelalter», en *Historische Zeitschrift*, 171 (1951), pp. 225-226.

Constituye un presupuesto *metodológico* de estos planteamientos que con ellos no se dé por supuesta la existencia de entidades ideales inmodificables y que los contextos medievales sean tomados en serio, no reducidos al nivel de un momento «precursor» del Estado moderno. No cabe en este momento profundizar en el problema aquí aludido de la reconstrucción de una reflexión medieval acerca de la soberanía en el papado y en los poderes seculares. Pero conviene mantener cierto escepticismo<sup>19</sup>, ante todo porque nos amenazan confusiones terminológicas cuando expresiones como «Estado», «Estado nacional» y «soberanía» se extienden hasta hacerlas irreconocibles, perdiendo el contacto con su utilización específica en las fuentes y, de ese modo, re-introduciendo de nuevo los *universales*, con los cuales se practica más Filosofía de la Historia que realmente Historia.

Desde la perspectiva histórica es a mi juicio preferible no difuminar la clásica línea de separación entre Edad Media y Edad Moderna, y ello no por un conservadurismo de la periodificación, sino porque de hecho en el siglo xvi se anuncia algo fundamentalmente nuevo<sup>20</sup>. La comprensión lograda en las últimas décadas acerca de los elementos estructurales que vinculan Edad Media y Edad Moderna y sobre la «larga duración» de la Edad Media es, por supuesto, de gran valor. Pero tampoco es más valiosa que aquellas observaciones que aprecian hasta en la profundidad de la Edad Moderna la pervivencia de una idea universal de Imperio o del feudalismo. Incluso hasta mediados del siglo xvii los juristas alemanes, por ejemplo, no sólo han fundamentado el mantenimiento de un Imperio universal recurriendo al Derecho romano, sino que también han sostenido la doctrina de los cuatro imperios conforme al profeta Daniel (Dan. 2, 37 ss.; 7, 17 ss.)<sup>21</sup>. La Edad Media avanza de este modo en la modernidad tan profundamente como pueda retrotraerse el comienzo de ésta hacia el interior de aquélla. Por eso se trata sobre todo, una vez más, de determinar qué elementos acordamos en el discurso científico considerar «modernos» y de cómo establecer, quizá de manera diferente en los distintos sistemas parciales, la delgada cesura que separa la Edad Media de la Moderna. Que existe me parece indudable. Dónde colocarla es una pregunta referida al uso lingüístico y al acuerdo científico.

telalter», en *FS N. Grass*, t. I, Innsbruck, 1974-1975; H. FUHRMANN, «"Volkssouveränität" und "Herrschaftsvertrag" bei Manegold von Lautenbach», en *FS H. Krause*, 1975, pp. 21-42.

<sup>19</sup> En el mismo sentido QUARITSCH (cit. en n. 6), pp. 44 ss. y 79 ss.

<sup>20</sup> R. VIERHAUS, «Vom Nutzen und Nachteil des Begriffs "Frühe Neuzeit". Fragen und Thesen», en *Frühe Neuzeit - Frühe Moderne?*, 1992, pp. 13-25.

<sup>21</sup> G. LÜBBE-WOLFF, «Die Bedeutung der Lehre von den vier Weltreichen für das Staatsrecht des römisch-deutschen Reiches», en *Der Staat*, 23 (1984), pp. 369-389; H. DREITZEL, *Monarchiebegriffe in der Fürstengesellschaft*, t. I, 1991, pp. 172-182.

1. Para acercarnos a tal acuerdo comencemos por subrayar la legislación. La historia europea de la legislación que comprende desde el siglo XIII hasta el XVI y las teorías de la legislación que la orientan<sup>22</sup> fueron colocadas por Bodino, de forma casi repentina, bajo una luz diferente. Cuando subraya en 1576 «*la puissance de donner loy à tous en general, & à chacun en particulier*» (el poder de dar la ley a todos en general y a cada uno en particular) como el auténtico signo distintivo de la soberanía moderna y describe la legislación como «*le poinct principal de la maiesté souveraine*» (el rasgo principal de la majestad soberana) (I 8), convierte la capacidad para impartir órdenes en el criterio decisivo. Si partimos de aquí para encontrar por dónde transcurre la línea entre lo nuevo y lo viejo, entonces vemos que los tratados anteriores a Bodino, incluso el propio Bodino en el *Methodus* de 1566<sup>23</sup>, eran incapaces de representarse una legislación realmente «soberana», una legislación que surgiera de una sola voluntad (real o ficticia), que ya no dependiera de pacto alguno y que pudiera apartar a un lado el Derecho anterior, las leyes de los predecesores, el Derecho consuetudinario y los privilegios<sup>24</sup>. Esto no sólo sirve para Claude de Seyssel (1450-1520) y Charles Dumoulin (1500-1566), en los que insiste Quaritsch, sino también para Jakob Omphalius (1500-1567), contemporáneo de Dumoulin y cuyo tratado *De officio et potestate principis*<sup>25</sup> no ha sido aún suficientemente analizado en Alemania. Sólo con Bodino se dio ese paso, ciertamente utilizando la fórmula que ya se había usado desde la Antigüedad y la Edad Media, conforme a la cual «*condere legis et interpretari*» es derecho del Emperador<sup>26</sup>, pero ahora colocando los acentos de otro modo. Su «legislación» ya no es dualista, vinculada a la colaboración de los esta-

<sup>22</sup> S. GAGNÉR, *Studien* (cit. en n. 5); A. WOLF, «Die Gesetzgebung der entstehenden Nationalstaaten», en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. I, 1973, pp. 517-800 (una versión ampliada supone su libro *Gesetzgebung in Europa 1100-1500, Zur Entstehung der Territorialstaaten*, München, 1996).

<sup>23</sup> Capítulo VI: «De statu rerum publicarum». Sobre la diferencia entre el Bodino de 1566 y el de 1576 cfr. especialmente J. H. FRANKLIN, *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge, 1973 (ahora también en traducción francesa de Jean-Fabien SPITZ, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, 1993).

<sup>24</sup> QUARITSCH (cit. en n. 6), pp. 169-178.

<sup>25</sup> Basileae, 1550. Al respecto R. v. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, t. I, pp. 483-485; TEICHMANN, *Allgemeine Deutsche Biographie*, 24 (1887), pp. 352 s.; B. SINGER, *Die Fürstenspiegel in Deutschland im Zeitalter des Humanismus und der Reformation*, München, 1981, pp. 97: «Lo que aquí ofrece Omphalius, veintiséis años antes de la *République* de Bodino (1576), es una teoría de la soberanía ampliamente desarrollada en muchos extremos particulares (intervención en procesos, testamentos, tutelas, legitimación de hijos extramatrimoniales, levantamiento de la servidumbre, otorgamiento del grado de doctor sin examen, etc.) y elaborada a partir del Derecho romano y sus glosadores escolásticos, en parte también a partir de juristas contemporáneos hasta Zasius».

<sup>26</sup> M. STOLLEIS, «*Condere leges et interpretari*. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit», en *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, 1990, pp. 167-196 [y en este mismo volumen]. Aún a finales del siglo XVIII se repite la vieja fórmula: «El derecho de dar leyes y reglamentos generales de policía, de derogarlos y de ofrecer explicaciones so-

mentos (*corps & colleges, estats*) o de los grandes del Imperio. Es emanación de su voluntad única, duradera, indivisible e irresistible, supera el Derecho de cualquier género que se le oponga, excepto naturalmente el Derecho divino y el Derecho natural (*loy de Dieu & de nature*), las obligaciones jurídico-internacionales contraídas por el señor y sus predecesores, los contratos celebrados por él mismo con los súbditos y las *leges imperii* (*fundamentales*). En el reconocimiento de estos últimos límites se pueden ver inconsecuencias teóricas, especialmente en que el establecimiento de tributos siga estando referido al consenso<sup>27</sup>. Pero esto ya no será importante en adelante, porque la «idea del Estado soberano» cobra ascendencia en la configuración formulada por Bodino en 1576, y en tal configuración logra eficacia histórica. El soberano no es ciertamente señor del contenido del Derecho, como en Hobbes, pero si el Derecho positivo no se opone al Derecho de rango superior, entonces rige, conforme a Bodino, por la fuerza de la autoridad, no de su verdad. De esta manera se confiere supremacía cualitativa al mandato del soberano, sea un mandato singular o una ley abstracta —tal diferencia no desempeñaba entonces papel alguno—. Resulta «irresistible»; un súbdito no está autorizado a invocar frente a él Derecho superior alguno para oponer resistencia y de este modo dinamitar de nuevo el logro del orden, propio de la soberanía. En esto consiste la auténtica ruptura con la Edad Media; la infracción del Derecho de rango superior ya no tiene ningún efecto práctico.

Con esto se desdibujan necesariamente los perfiles de las pretensiones de verdad fundadas en la religión, como de hecho ya le reprocharon a Bodino los representantes de la ortodoxia de todas las confesiones. La vieja diferenciación entre competencias espirituales y seculares queda disuelta, con otras palabras puede decirse que decae la antigua limitación de las prescripciones soberanas medievales a las cuestiones temporales. La competencia universal de la ley soberana devoró (al menos teóricamente) el conflicto confesional capaz de dinamitar el sistema. El ejercicio de la religión se convertía, al menos tendencialmente, en una actividad privada sometida a la ley. También en Alemania, donde las cuestiones planteadas por la controversia religiosa no se decidieron en 1555 y 1648 de manera soberana, sino que fueron excluidas del Derecho constitucional del Imperio mediante fórmulas de compromiso, reglas de procedimiento y sofisticadas delimitaciones<sup>28</sup>, resultó reconocible la tendencia a colocar el orden y el equilibrio pacífico por delante de las disputas teológicas acerca de la verdad. Que la decisión sobre la religión de los súbditos se hiciera depender del poder soberano sobre el territorio es la prueba más clara de esta tendencia.

bre los mismos con fuerza de ley es un derecho de majestad» (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, § 6 II, 13).

<sup>27</sup> QUARITSCH (cit. en n. 7), pp. 60 ss.

<sup>28</sup> M. HECKEL, *Das konfessionelle Zeitalter*, 1983, con ulteriores referencias.