

## LO PUBLICO Y LO PRIVADO

«Al estar hoy desacreditados los dogmas teológicos o metafísicos, la supremacía temporal no comporta otra guía que un empirismo escéptico.» (A. COMTE: *Système de Politique Positive*.)

«La libertad política no es de tipo psicológico, intelectual, moral, social, económico o legal. Presupone esas libertades y también las fomenta, pero no es igual a ellas.» (G. SARTORI: *Aspecto de la democracia*.)

### I

#### LA ACCIÓN POLÍTICA Y EL DERECHO MORAL

Un tema central de la filosofía política que no suele ser tratado, empero, sistemáticamente, es el de esas dos dimensiones, la pública y la privada, de la vida humana colectiva. Verdad es que los tratados de Derecho se ocupan de ello con alguna extensión pero, en general, desde un punto de vista a veces estrictamente juricista que no aclara ni su finalidad ni su porqué, ni lo que resulta todavía más importante, el papel que desempeñan en la formación de las actitudes y en la conducta política. Ciertamente se trata de una cuestión confusa —si se prescinde de las explicaciones excesivamente nítidas que, a veces, proponen los juristas—, quizá porque toca el fondo de las discusiones políticas contemporáneas que, tratándose de una época crítica están naturalmente tan embrolladas que inducen a no complicar las cosas con la introducción de estos temas. Cabe preguntarse en todo caso si no será en sí misma una de esas cuestiones que no admiten solución, es decir, un tema específicamente político, previo a cualquier consideración jurídica y preñado, por lo tanto, de una ambigüedad que únicamente cabe intentar resolver en el plano histórico o que, sólo ante el caso concreto, puede decidir el político en la medida en que su retórica sea capaz de suscitar el interés de sus coetáneos sobre la naturaleza y conveniencia —el factor utilitario de la política— de la delimitación que *interesa* llevar a cabo, entre lo que es público y lo que es privado, mirando a la acción humana y con dos campos distintos en que puede orientarse.

En este sentido la política es definición de actitudes colectivas pero se asienta en el terreno siempre movedizo e inestable de la opinión, cuyos criterios son, ciertamente, variables mientras no se tornan convicción, porque se forman del incómodo equilibrio entre lo que es, a la vez, bueno y conveniente, dos términos que de ninguna manera se identifican y que, con frecuencia, llegan incluso a excluirse, abocando a la «política» del terror si pesa más el primero, o al cinismo si se impone, por el contrario, el segundo.

Justamente, la borrosidad de la frontera entre lo público y lo privado se relaciona con ese equilibrio, que no siempre llega a formar unidad, entre lo bueno y lo útil, pero constituye esa imprecisión el objeto principal de la retórica política cotidiana, que deja de existir cuando se decide, o bien, que todo es privado, y entonces el Gobierno adquiere aparentemente un carácter semejante (despotismo), o bien que todo el público y el Gobierno se reviste, asimismo, de la apariencia de que representa y ejercita el interés general lo público (tiranía).

En la discusión, pues, en torno a la distinción, se muestra el intento continuado de clarificar la ambigüedad de lo político, pero es precisamente entonces cuando la decisión política adquiere su carácter ético (o no), ya que implica la adopción, incluso por imposición, de una responsabilidad colectiva que a todos afecta por igual (1). Por eso, las decisiones que optan por la tiranía o el despotismo no son verdaderamente políticas y, en todo caso, la política es una resultante del estado de sociedad, el cual es siempre cambiante, como intento de insertarse en la corriente de la civilización o de no apartarse de ella.

El supuesto general de la política consiste en la decisión de adoptar un modo de vida civilizado, y por eso la libertad política da por supuestas las demás libertades y, a la vez, mediante una nueva decisión globalizadora, las fomenta. Dicho de otra manera, en modo alguno es mecánica la relación en-

---

(1) Es esto lo que justifica la autoridad, la cual viene exigida por la naturaleza ética del ser humano. Vid. C. H. WADDINGTON: *El animal ético*, Buenos Aires, 1963. En el prefacio —pág. 9—, afirma este autor que «el funcionamiento de nuestro mecanismo socio-genético exige que aceptemos alguna forma de autoridad, constituyendo las creencias éticas uno de los tipos de autoridad que, en la práctica, desempeñan este papel». Por eso, «cada generación requiere una teoría de la ética que no sea una simple racionalización de prejuicios ni un discurso filosófico tan abstracto que negue relación con los problemas prácticos que afronta la Humanidad en su época respectiva», cap. I, pág. 19. Cfr. nuestros trabajos anteriores, publicados en esta REVISTA, «Sobre el cambio histórico» (núm. 183-4, mayo-agosto de 1972), «Legitimidad y cambio histórico» (núm. 186, noviembre-diciembre de 1972), «El Derecho moral como orden natural de las totalidades históricas» (núm. 191, septiembre-octubre de 1973) y «El Derecho natural y la Política» (núm. 194, marzo-abril 1974).

tre la acción política y las realidades histórico vitales, sino que pertenece al orden orgánico; su fin es siempre, por lo tanto, la unidad (orgánica). La acción política se realiza en el vacío si no cuenta con esas realidades, pero puede, en cambio, ocasionar en ellas los mayores desperfectos. Al mismo tiempo no cabe acción política si no existen previamente libertades de otra índole en las que pueda apoyarse. Por eso, la libertad política nada tiene que ver con el viejo problema del libre arbitrio (aunque éste puede proporcionarle al creyente una justificación metafísica y teológica), sino que constituye un problema de orden estrictamente histórico-moral (etológico).

En efecto, al tratar el dualismo de lo público y lo privado, brota de manera necesaria la referencia a las condiciones básicas de la existencia *humana*, en cuanto ésta es mediada socialmente o, para decirlo de manera más exacta, políticamente. Por lo tanto, aparece la cuestión de la legitimidad del régimen político, al convertirse éste en objeto de un juicio moral desde el punto de vista, siempre discutible, pero siempre inevitable, de la *humanitas*.

Precisamente ésta tiene que manifestarse en la estructura del Derecho, cuya vigencia depende de la fidelidad con que esquematice, en cada momento, el orden que exige la *humanitas* ante el cambio en la situación de las condiciones de existencia provocadas por la misma acción humana; cambio que sólo tiene sentido positivo (histórico) si amplía, mejora o favorece esas condiciones de la acción ensanchando su campo u horizonte, por lo que los cambios históricos que dan sentido a las modificaciones sociales y culturales son, en último análisis, cambios morales.

La distinción entre lo público y lo privado complica todo esto, teniendo una importancia sólo muy relativa, que se tipifique como tal en el Derecho. En realidad constituye el supuesto del Derecho impregnado de moralidad y es ahí donde tiene sentido el llamado Derecho natural, que mejor sería denominar Derecho moral según la propuesta de Jouvenel. Sin embargo, el tratamiento «juridicista» de estas cuestiones da lugar, con frecuencia, a toda clase de confusiones, debiéndose, por otra parte, el predominio de esta consideración al desarrollo de las condiciones del mundo moderno, entre las cuales cuenta decisivamente la radicalización del racionalismo político y jurídico.

## II

### EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

El predominio del positivismo jurídico ha introducido la confusión entre Derecho y legislación que hace que el Derecho constitucional —siendo la Constitución el alma y la forma de la comunidad, lo que refleja su espíritu—,

lo mismo que el privado, no sean, como ha observado MacIlwain, costumbre obligatoria, porque se remonte a una época «cuyo recuerdo humano no va en sentido contrario», igual que en la Edad Media, sino que simplemente son derecho legislado (2). En realidad la diferenciación entre ambos rompe la unidad en que consiste toda comunidad y que constituye el fin del Derecho, y rechuye la imagen de aquélla en el Derecho público desconectando su unidad de las acciones privadas. Una consideración praxiológica del Derecho pone de relieve la escisión, punto que el actor participa, tanto de los sentimientos «públicos» como de los sentimientos «privados».

Trátase de la diferencia que surge del hecho de que el hombre premoderno no podía percibir todavía el Estado como algo objetivo y fuente única del Derecho. Para él el Derecho era esencialmente uno, si bien cabía ya una dicotomía entre el Derecho eclesiástico y el civil. Al configurarse el Estado moderno, esta dicotomía se traslada al Derecho de los grupos nacionales, prolongándose en el privado la influencia de la costumbre mientras en el posterior Derecho público, la fuente primordial es la ley cuyo origen en principio sigue siendo divino. Resulta característico, sin embargo, e indicio del origen de la confusión, que el Derecho natural o los llamados principios jurídicos sigan siendo fuente de derecho en el ámbito que después se considera privado, mientras, respecto a la actividad pública, si acaso funcionan como una vaga limitación. El Derecho público viene a ser así como el derecho unificador de la excluyente comunidad nacional, de la misma manera en que el Derecho eclesiástico lo era de la *communitas christiana*. Se consolida, como queda indicado en la medida en que resulta posible percibir la existencia del Estado, con alguna relativa excepción como Inglaterra, donde su objetividad no llega a consolidarse. Se prolonga aquí la actividad del antiguo *gubernaculum* en la forma de gobierno que no crea, sin embargo, ningún derecho específico sino que él mismo se somete al *Common Law*. La peculiaridad de la historia política inglesa consiste en que allí, salvo en momentos como el de las revoluciones políticas o en las fases más agudas de la revolución económica, no llegó a percibirse una oposición real entre la Sociedad y el Gobierno.

Partiendo del Derecho natural racionalista, considera el positivismo moderno que, en efecto, el Derecho constitucional (lo esencial del Derecho público), pertenece como propio al ente estatal, mientras que el privado corresponde a la sociedad, consolidando en la práctica la oposición Estado-Sociedad ya antes de que la recogiera el análisis filosófico. En todo caso, en el pensamiento jurídico moderno, sin perjuicio de amplias matizaciones, ambas son dos dimensiones del Derecho referidas, sin embargo, legalmente a objetos dis-

---

(2) *El constitucionalismo antiguo y moderno*, Buenos Aires, 1958, cap. I, pág. 35.

tintos, a veces incluso opuestos, siendo preciso establecer cuál de ellos sea superior, con el fin de conservar la unidad, aunque sea artificiosa, del Derecho tanto como, a su través, la de la comunidad. Obviamente, dadas las tendencias estatificadoras, el rango superior se atribuye al Derecho público; se piensa que, como decía G. Jellinek, *Ohne öffentliches Recht gibt es kein Privatrecht*, siendo precisamente en Alemania, debido a sus peculiares condiciones históricas, donde primero se hizo la pertinente distinción en el campo de la ciencia jurídica.

La terminología procede, en efecto, de Hugo, pero quizá fue Kant quien más contribuyó a su difusión. Significativamente, este gran pensador subdividió el Derecho público en político, penal, internacional y cosmopolita, recogiendo así, según el espíritu del racionalismo, no sólo lo que afecta al espíritu de cada comunidad en relación con su nivel de civilización, sino lo relativo a las relaciones interestatales de los múltiples Estados alemanes entre sí y con el Imperio, con otros Estados no alemanes y, asimismo, las relaciones del Imperio con éstos (3). Lo importante es que el Derecho aparece ahí como Derecho estatal antes que Derecho de la comunidad. Es el Estado, y no la comunidad el sujeto del Derecho, dependiendo también de él, por supuesto, el Derecho privado, lo cual en la situación de Alemania que, por otra parte, desde el punto de vista cultural e histórico podía aspirar a considerarse una nación, aunque le faltase todavía la unidad política, tenía bastante coherencia. En Francia, por ejemplo, en el siglo XVIII se habló ya del *Droit publique*, pero en un tono que aludía meramente a la superioridad moral y de hecho del Gobierno (de la Monarquía), sobrentendiéndose que era el Derecho privado el que no estaba directamente afectado por la prerrogativa de superioridad sin insistir demasiado en ello y, en todo caso, sin perjuicio de la unidad esencial y accidental del derecho: el mismo absolutismo monárquico tenía que detenerse ante el derecho de provincias, grupos, etc., más que privado, no estatal. La disputa en torno a los «derechos del Rey» —que no son todavía ni públicos ni privados— y los «derechos del pueblo», presentados como derechos naturales, fue el origen de la Revolución francesa, de la cual salió, sin embargo, la escisión entre el Derecho público, como *jus eminens* y el privado, como subordinado. En cuanto a Inglaterra, ya Bacon se había ocupado con detenimiento de la noción de *jus publicum*, movido, sin duda, por las circunstancias de la época. Pero el triunfo de la revolución que restableció la unidad entre el Estado y la Sociedad, relegó al olvido, por decirlo así, el posible interés más que terminológico de la distinción. Esta fue resucitada por Blackstone, quien bajo la influencia continental, distinguió rela-

(3) Cfr. W. F. HEGEL: *La constitución de Alemania*, Madrid, 1972.

ciones de Derecho público y relaciones de Derecho privado. En el siglo XIX se desenvuelve también allí la idea del *Constitutional Law* pero no se traduce en consecuencias prácticas, en el sentido de que el Derecho público continental no tiene equivalente —salvo quizá hasta fecha muy reciente, debido al intervencionismo estatal—. De todas formas el *Constitutional Law* viene a referirse más bien al espíritu del Derecho inglés como un todo, que a una circunscripción del Derecho. Justamente, en parte, por eso, no ha existido en Inglaterra un Estado de derecho, dándose por supuesto que la comunidad no puede existir sin la existencia de un Derecho previo que no es, pues, estatal. El equivalente inglés del Estado de derecho es el gobierno bajo el imperio de la ley, de manera que el Estado (o el Gobierno) inglés no «crean» Derecho, etc. Trátase de una extensión de la idea de autogobierno.

En el Continente europeo la unidad del Derecho se escinde, apoyándose en la vieja distinción romana a la cual se atribuye ahora un valor ontológico a la manera racionalista (4).

El racionalismo intenta reducir a reglas (jurídicas) todo el sistema de relaciones humanas —e incluso las divinas (*teodicea*)—, con el fin de adecuar la

---

(4) Merece la pena recordar aquí el famoso párrafo de ULPIANO: «Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Sunt quaedam utilia, quaedam privatum.» La distinción se basa, queda claro, en la aplicación del criterio utilitario, pero como secundario y subordinado —como simple criterio de una división lógica— según se desprende del contenido: «Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.» (En Inglaterra la magistratura, en efecto, custodia y aplica el sentido de lo público.) «Privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus.» *Digesto*, I, 1, 1, núm. 2. *Instituta*, I, 1, § 4. Compárese con el tono de un racionalista tan moderado como MONTESQUIEU: «La ley, en general, es la razón humana, en tanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra; de modo que (*et*) las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser sino los casos particulares en que se aplica esta razón humana.» *Esprit des lois*, libro I, cap. III. Es la misma idea de PLATÓN y de CICERÓN pero intelectualmente más radical; se reconoce la unidad racional del Derecho, pero se admite la diferencia racional y empírica entre las leyes civiles y las políticas. Desde la definición de ULPIANO, para quien *status* no era sino un modo de ser, una condición o estado de la *rei Romanae* (el Estado), ha aparecido el hecho objetivo del Estado moderno con su propia razón autónoma. La razón se manifiesta de dos maneras: como razón de Estado y como razón de los individuos particulares. Cada ámbito comporta una legislación adecuada a la naturaleza de su razón, etc. Merece la pena recordar que BLACKSTONE identifica abiertamente la ética y el Derecho natural (lo cual no deja de ser un «reduccionismo» de este último), pero en razón de que la persecución racional de la felicidad es lo que, en su opinión, constituye «el fundamento de lo que llamamos ética o Derecho natural». Cit. en E. BARKER: *Principles of Social and Political Theory*, Oxford, 1967, § 5, pág. 109.

realidad y la razón, convirtiendo así las diferencias en asuntos de comprensión puramente mecánica. Una vez que, según Thomasio, hay que distinguir estrictamente un fuero interno y un fuero externo, el racionalismo considera que la regulación de los actos externos debe someterse por completo al Derecho, el cual ofrece un criterio general para orientarlos racionalmente. Contra ello se enfrenta el romanticismo, pero, a fin de salvar el fuero interno del aniquilamiento, se siente obligado a acentuar la distinción, constituyendo un recinto para lo privado, diferenciándolo firmemente de lo público. Dado el Estado de sociedad en que operaba el constitucionalismo romántico, resulta que el racionalismo se hace todavía más fuerte en el plano externo, de tal modo que, *formalmente*, igual que el Estado había absorbido el Derecho eclesiástico, lo público acaba absorbiendo lo privado en su seno. El romanticismo insistía también en los valores comunitarios, cuyo modelo preferido y casi obvio es la institución familiar.

La distinción establecida por Thomasio, que reflejaba exactamente las tendencias modernas, implicaba la dualidad entre moral y derecho y la posibilidad de su oposición. Se alcanzaba así un equilibrio en la evolución intelectual que va de ser el Derecho natural la síntesis de lo ético y lo jurídico, a su desaparición, con la consiguiente subordinación de la moral a la legalidad, al crecer el interés por la comunidad frente al fuerte cambio del industrialismo. El romanticismo quiso, al principio, favorecer al individuo, precisamente mediante el Estado, convirtiéndolo en garante de la vida privada --como anteriormente lo fuera la Iglesia-- al reservar lo público como ámbito de la acción política. Con ello, como el individuo que actúa tiene a la vez una vida pública y otra privada, alienta entonces el legalismo; el hombre bueno será el buen ciudadano, amante de las leyes. Como, al mismo tiempo la moralidad predominante es la propia de la esfera privada, lógicamente ésta impregna, asimismo, lo público, de cuyo ámbito se aleja, cada vez más, la política. Aparece la era moralizante del pacifismo, etc., que se enfrenta a los hechos que desbordan la legalidad mediante condenas morales... Trátase, en cierto modo, de la incapacidad histórica del Estado moderno para desempeñar las funciones que había desempeñado en otro tiempo la Iglesia, cuando era una organización de fines universales.

Hasta tal punto lleva el juridicismo su concepción jurídica del Estado como fuente del Derecho (legal), que acaba por atribuirle personalidad, no sólo hacia afuera, sino dentro de su propia comunidad, desarrollando al efecto un derecho específico regulador de sus propios actos, esa rama del Derecho público cuyo objeto consiste, sobre todo, en proteger las actividades de las

«autoridades» administrativas frente a los «administrados» (5). El juridicismo, desarrollando los supuestos del constitucionalismo, en parte con el deseo de corregir sus defectos, acaba por construir una inmensa maquinaria destinada a *tutelar* la vida humana. A través del Derecho público, el Estado tutela también, en efecto, lo privado, por medio de las codificaciones que establecen como única fuente del Derecho la ley, es decir, la voluntad del Estado. Quedan así dispuestas las premisas del Estado totalitario, dependiendo de circunstancias accidentales que se traspasen los límites, al no existir ningún poder en la tierra capaz de disputarle al Estado el derecho a legislar. La debilidad y la frecuente complacencia de las Iglesias ante las transgresiones de los límites constituye la prueba. Estas protegían, en última instancia, al individuo —lo mismo que el poder temporal protegió a Marsilio, a Occam, a Lutero, contra las pretensiones teocráticas—. Ahora solamente existe un poder.

No es casual, pues, que los escritores de la Ilustración —Rousseau y Hegel, por ejemplo— resucitasen el modelo de la polis griega, tanto como ejemplo de la comunidad perfecta como de unidad de poder, puesto que, a fines del siglo XVIII, la absorción del poder espiritual eclesiástico por el poder temporal de los Gobiernos absolutos —lo que convierte al Gobierno en Estado— había llegado a tal punto que resultaba inconcebible un Derecho natural al margen del Estado; bien por su origen divino o bien por su racionalidad ideal —apuntando esta concepción contra el hecho de que también la Iglesia poseía un poder temporal, por lo que, en un principio, favoreció la autonomía estatal. En todo caso, no existía ya en Europa un verdadero poder espiritual independiente, como no fuese el del propio Estado, a cuyo servicio estuvieron inicialmente, apoyándole contra el poder temporal de la organización eclesiástica, los intelectuales.

El dualismo medieval Iglesia-Estado, o sea, entre el poder espiritual y el poder temporal —*la seule division politique vraiment capital* (Comte)— había obligado a justificar jurídicamente la autonomía de este último mediante la noción de soberanía que constituye, en verdad, el punto de arranque de la tradición «juridicista», hasta el punto de que acaba justificándose el mismo Estado mediante la doctrina del contrato.

---

(5) Por eso constituye, ciertamente, «una inversión del verdadero orden histórico, inferior, como hicieron algunos, que los principios del Derecho privado romano eran meramente los derivados del Derecho público. Los principios generales eran los mismos en uno y otro...» de modo que la ley, de cualquier tipo que sea, se refiere siempre a individuos y lo mismo ocurría en relación con los derechos que respecto a las obligaciones. Cfr. C. H. MACILWAIN, Op. cit., 2, págs. 62 y sigs.

## III

## EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DOS PODERES

La aparición del absolutismo comportaba el arrumbamiento de la doctrina de los dos poderes, o, por lo menos, limitaba de momento sus efectos, lo cual suponía, naturalmente, la concentración del poder en uno sólo. Este es el origen del constitucionalismo, el cual no sólo no elimina la doctrina de la soberanía, sino que la refuerza, dándole una nueva justificación al mantenerse formalmente respetuoso con la esfera privada (6). Se pretende que la neutralidad del Estado, su objetividad formal, le convierta en fuente de moralidad y de prestigio y, por lo tanto, en árbitro inapelable de lo que es público y de lo que es privado, de lo que es sagrado —lo público resulta de la secularización de los derechos naturales que se reivindican frente al Estado pero sin el apoyo del poder espiritual— y de lo que es profano. La doctrina es que, allí donde el Estado de derecho llega a ser efectivo, la soberanía ha de ejercerse jurídicamente, en parte como garantía para esos derechos, en parte como regla general de acción; es decir, que aun sobre el Estado de excepción se decide con arreglo a la Constitución. Lo político queda sometido al derecho con lo cual éste alcanza un grado inédito de politización.

Pero «cada sociedad —escribe Berger— está comprometida en la Empresa, nunca acabada, de construir un mundo significativo» (7), lo cual choca con las pretensiones del constitucionalismo jurídico reduciéndolo a un mero formalismo que no designa nada, si el derecho, que acomoda las diversas y nuevas situaciones tiene que inspirarse en fórmulas legales inadecuadas a las nuevas exigencias de la humanidad. Es por ahí como la economía, la sociología, la psicología y, sobre todo, el Derecho administrativo sustituyen a la política y, en definitiva, al Derecho, el cual pasa a convertirse en símbolo de la reacción, al impedir no sólo la autonomía de acción política encaminada a la reforma de modo que la misma atribución al pueblo de la soberanía constituye una ficción: lo importante es el control efectivo del aparato estatal, pues la administración burocrática es el modo de ejercicio del poder frente al

(6) De hecho, como afirmaba COWTE, «la tendencia universal de los publicistas y de los legisladores modernos a una organización política sin poder espiritual, deja en el orden social una inmensa y funesta laguna». *Considération sur le pouvoir spirituel*, pág. 182 en vol. X, *Oeuvres*, 1970.

(7) P. L. BERGER: *Para una teoría sociológica de la religión*, Barcelona, 1971, I, página 49.

reducto del Derecho que es el ámbito privado. El juridicismo limita el Derecho al derecho positivo (como derecho legalmente estatuido), pero con ello incurre en esa petición de principio que lleva a postular el ideal de un orden definitivo en el que la creación (o más bien la fijación o el descubrimiento) del Derecho resulta innecesaria. El tiempo de las instituciones es tiempo sagrado en cuanto trasciende la duración de la vida humana, pero el juridicismo pretende reducirlo a la indiferencia de lo eterno con lo cual las instituciones se reducen a formas sin vida puesto que sobre ellas no actúa la política la cual discurre por otros cauces. Rousseau, que vio claramente esta dificultad del jusnaturalismo racionalista, apeló al ejercicio de la voluntad popular expresada como voluntad general, como fuente del Derecho, inmutable en cuanto Derecho pero variable en cuanto positivo, siendo la voluntad general la que le otorga esta forma concreta, siendo seguido, en parte, por Hegel. Precisamente por eso ninguno de los dos vieron los grupos humanos meramente como Estados, sino que relacionaron el Estado con todo lo demás del grupo humano como su síntesis, si bien, al concebir la comunidad como un organismo le atribuyeron a sus partes funciones cualificadas. Ambos tenían así presente el ideal de la *polis* griega, según el cual aquellas ciudades no eran, en verdad, Estados sino primariamente comunidades de ciudadanos y de hombres libres, diferenciadas por su modo de ordenación del poder, de otras formas de dominación, siendo el Estado lo que cambia, la forma (8). Ello quiere decir que lo público y lo privado carecen de sentido como distinción jurídica, salvo como categorías apriorísticas en el sentido de Radbruch (9), sobre todo si el soberano ya no puede ser el *suzerein*, es decir, cuando no cabe concretar la titularidad del poder espiritual, cuya primacía y unidad con el secular querían salvar Rousseau y Hegel, sino que permanece indiferenciado del poder temporal pero subordinado a él. Cuando se trata de decidir sobre algo no regulado, y no en los asuntos meramente ejecutivos, relativo el modo de existencia de la comunidad como tal comunidad, de la relativa indiferencia sin subordinación emerge lo político; sin embargo, sin ningún titular concreto cuando el Soberano (el pueblo) tampoco ejerce el poder temporal, y dada, no obstante, la supuesta eliminación de la diferencia entre lo espiritual y lo temporal, se ha eliminado aparentemente la necesidad política de la política. Eso explica el carácter moral de la política clásica donde ésta misma estaba bajo el imperio de lo sagrado, como su manifestación, o bien, con el cristianis-

(8) J. RIITER: «Zu Aristóteles "Politik" u. "Ethik"», en *Metaphysik und Politik*, Frankfurt, 1969, 4, pág. 114.

(9) «De que —comenta L. Legaz— cualquier precepto jurídico se puede plantear la cuestión, y exigirse la respuesta, de si pertenece al Derecho público o al privado.» *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, parte 2.ª, cap. IV, 2, I, pág. 473.

mo, separada, pero sometida a sus directrices, frente al carácter, completamente secular, que le confiere a la política contemporánea el predominio exclusivo de la idea de soberanía. Con la diferencia, además, de que mediante el artificio jurídico de lo público y lo privado se suprime la necesidad de dos autoridades o centros de poder en tensión dialéctica, conteniéndose e impulsándose mutuamente al recibir ambos una orientación recíproca (10).

No se trata de que el hombre griego, y mucho menos el medieval, desconocieran el Derecho. Al contrario, como muestra, por ejemplo, la biografía de Platón y su evolución, para el griego la mera existencia fáctica de una *polis* y la vida humana en la ciudad exigía una previa explicación de ese hecho no natural que incluso puede parecerle antinatural, pero que no concebía fuera del orden cósmico total, pues comparten el mismo *ethos*. La antigüedad no ha visto así la oposición dialéctica entre los dos poderes, que se aclara con el cristianismo; por eso su concepción de la política resulta modélica; como decía Schiller, la *polis* constituye, en efecto, una especie de bella totalidad ética por su unidad que la aproxima a la forma ideal de una comunidad humana, o sea, *política* (no primariamente social). Ahí no se percibe con nitidez lo que es público y lo que es privado, porque la naturaleza de la *polis* no exige la distinción (entre otras razones, debido a su tamaño). Al ser la *polis* la morada puramente humana del hombre, lo privado resulta accesorio, algo en cierto modo ajeno a la esencia de la ciudad. (Lo que no puede suceder después del cristianismo como religión de la interioridad y que sitúa el verdadero *ethos* en la divinidad trascendente). Ahí lo público es netamente lo que se podría llamar lo político, y todo derecho, en cuanto perteneciente a la *polis* sería Derecho público (aunque dentro de éste habría que distinguir entre *politeia* y *nomos*) poseyendo el Derecho carácter sacro (11).

---

(10) «Lo que, en primer lugar, interesaba a los teóricos antiguos era un "juicio ético-político de las relaciones entre el Estado y las demás formas de asociación humana", no la "soberanía" que tanto pesa en los estudios modernos de las relaciones políticas. La palabra que emplea Aristóteles para designar la supremacía que en un Estado corresponde a nuestra "soberanía", *τοῦ κράτους*, no implica autoridad suprema constituida por "soberanía", sino solamente supremacía de hecho.» C. H. McCL-  
WAIN, Op. cit., cap. 2, pág. 51.

(11) Por ejemplo, la propiedad no tenía esta cualificación específica que adquiere, sin embargo, en el Derecho moderno. BODINO consideraba, en efecto, la propiedad como uno de los límites de la soberanía, al lado de las leyes del Reino y del Derecho natural. Es muy interesante el cap. VI de su *Methodus ad facilem historiarum rerum cognoscendum* que versa sobre cuestiones constitucionales y se titula «De statu Rerum publicarum». En cierto modo, la distinción entre lo público y lo privado coincide con la diferencia entre autoridad y poder. Lo público es el ámbito reservado a la autoridad, de modo que la declaración, en este sentido, de una parte del Derecho se supone que

Durante la Edad Media tiene lugar la profunda escisión que atribuye lo sagrado, la *auktoritas* plena a la religión —de origen extranatural—, institucionalizada como Iglesia, dentro de la cual el Papa posee, pues, la *plenitudo potestatis*, quedando, poco a poco, un ámbito puramente secular —referido a lo temporal— cada vez más desligado, empero, de aquél. Mediante la doctrina de la soberanía pronto comenzará por insistir en el origen divino del Soberano —es decir, a reclamar para él la *plenitudo potestatis* derivada de la participación en un *ethos* superior al natural— para recuperar o absorber el poder espiritual (sus prerrogativas), que permite confrontar la institucionalización de lo temporal como orden autónomo, bajo la forma de Estado, con la Iglesia. No obstante, el desarrollo de lo privado, apoyado por la misma Iglesia, para afirmarse contra el predominio naturalista de lo «público» o de la exterioridad de aquella concepción, y el mismo peso de la tradición eclesiástica que conserva durante largo tiempo su influencia sobre el *ethos* colectivo, aun cuando claramente se halla absorbida como institución por el Estado, hicieron imposible recuperar el sentido comunitario de la *polis*. Las doctrinas de la soberanía popular apuntan en esa dirección pero nutriéndose de fuerzas y de vivencias suscitadas, precisamente, frente al poder temporal. El *populus* ya no constituye un grupo de hombres fundadores de una comunidad originaria imprescindible para la *asfaleia*. Por una parte, surge en el seno de dos fuertes instituciones que garantizan primero la seguridad espiritual, y luego también, de alguna manera, la seguridad temporal. Por otra, como ha señalado, por ejemplo, Hegel (12), el crecimiento de los intereses privados que exigen seguridad temporal, llega a poner en grave riesgo los fines universales o generales, al pasar a un primer plano la protección de lo privado. La mejor literatura política del siglo XIX, muestra una dedicación extraordinaria al tema de la comunidad, precisamente por esto, y la solución constitucionalista que señala lo que es público y lo que es privado, supone un intento de combinar los fines (de hecho los intereses), generales o universales que el Estado había heredado del mundo antiguo con los fines morales de la misma Iglesia, si bien como fines ahora meramente temporales o seculares. Augusto Comte, quizá el que expuso todo esto con más claridad, apostrofa «este trabajo subalterno e irracional» de sus contemporáneos, «en el que se había prescindido

---

confiere autoridad a quienes tienen poder en ese ámbito el cual es, por eso, en gran parte, consecuencia de la decadencia de la autoridad (que es siempre moral). Lo privado es el ámbito donde se ejerce pura y simplemente el poder; implica, por cierto, la consideración de la libertad como poder (que es, por ejemplo, la noción que tiene HOBBS de aquélla).

(12) Vid. «Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts», en *Werke*, Frankfurt, 1970, espec. III y IV.

de la única división política verdaderamente capital» pero que «[ha sido adornado pomposamente con el nombre de Constitución!» (13), aunque reconoce que es la *bürgerliche Gesellschaft* el lugar donde lo público y lo privado se entrecruzan, naturalmente, con predominio de éste —hasta el punto de convertir todos los fines en utilitarios—, pues, en verdad, lo que quería la clase social que penetra en el Estado y lo domina, en el ambiente en que escribe el propio Comte, es seguridad, esto es, legalidad (14). El poder temporal se sobrepuso al *pouvoir spirituel*, o mejor, en la práctica éste se borró definitivamente (15). Es esa, precisamente, una de las consecuencias más importantes del régimen de julio y de la revolución de 1848, pues a partir de ahí todo régimen político sólo se consideró legítimo en función de su legalidad, y el poder espiritual pasó definitivamente a los intelectuales que combatían a favor o en contra de determinada legalidad (16).

Al tratar de remediarlo jurídicamente, el constitucionalismo sólo consiguió establecer una autoridad vacía, formal, en contradicción consigo mismo,

(13) «Cours de philosophie positive», en *Oeuvres*, 1969, IV, lecc. 46, pág. 120.

(14) «La legalidad —escribe L. Legaz comentando a C. Schmitt— se funda en la constitución o en la voluntad del Estado construido como sistema; pero, de dónde proviene esta construcción, cómo nace ese Estado, son "hechos" que no interesan al jurista. Y en las épocas de seguridad, bajo el dominio del Estado liberal-burgués de Derecho, todo esto se compagina con el hecho de que el sistema de legalidad viene a identificarse como el modo de funcionar la burocracia estatal, y esto es tanto más verdad en el Estado de una sociedad industrial y superorganizada que requiere un alto grado de especialización en su estructura institucional. El modo de resolver los negocios, las costumbres y rutinas de los funcionarios, el funcionamiento previsible, la preocupación por mantener esta forma de existencia y la necesidad de precaverse frente a toda responsabilidad, son cosas que pertenecen al complejo de una legalidad concebida al modo democrático y funcional.» Op. cit., parte 2.ª, cap. VI, 1, I, páginas 580-1.

(15) «La noción de legalidad en ese sentido [liberal burgués] es la aplicación al orden político y jurídico de una concepción deísta del Universo... La idea de legalidad es, pues, por de pronto, la idea de una legalidad de la naturaleza y de la sociedad, y con arreglo a su modelo se construye la idea de legalidad en el ámbito positivo del Estado y del Derecho.» L. LEGAZ, Op. cit., parte 2.ª, cap. VI, 1, I, pág. 579.

(16) Ahí se puso, en efecto, de relieve, con casi todos sus matices, lo que ya COMTE había descrito en 1826 como un «extraño fenómeno, inexplicable para quien no haya seguido el desenvolvimiento histórico, del desorden moral y político erigido en sistema, y presentado como el sumum (*terme*) de la perfección social. Pues cada uno de los dogmas de la doctrina crítica, si se toma en sentido orgánico llega exactamente a proponer como principio, bajo la relación correspondiente, que la sociedad no debe ser organizada». *Considérations sur le pouvoir spirituel*, pág. 180. En cierto sentido el constitucionalismo viene a ser la respuesta a esa situación, mediante la organización de la comunidad como un sistema en el cual lo público es el espacio que se reserva al efecto. La consecuencia natural es el continuo crecimiento de lo público.

en cuanto sólo mediante el recurso a la fuerza puede afirmarse dejando al descubierto las consecuencias de la disolución del poder espiritual que ya había entrevisto Leibniz. Desde entonces, por señalar una fecha, siempre ha estado en entredicho la legitimidad de los sistemas políticos extramuros del sistema legal establecido. La distinción jurídica opera como una suerte de «maquiavelismo» (Kelsen). Siendo la sociedad una memoria, el juridicismo fue incapaz de conservarla adaptándose a las circunstancias. Y eso mismo acarreo el desprestigio del Derecho en otro sentido, pues pasó a ser considerado como una «superestructura» que siempre encubre, formalizándola, una ideología dominante; con lo cual, además de reducirse el Derecho a la legalidad, desprendido de su sustancia ética se llenó, en una época determinada, debido al predominio de la acción económica, de contenido de este tipo. Sin embargo, una vez más cabe afirmar que, como Kelsen ha visto bien, al criticar el *Rechtsstaat*, lo público y lo privado, esferas sobre las que versan en el plano político las insolubles oposiciones sociales de la época, ni son jurídicas ni son económicas, sino que incluso son a su vez presupuestos de lo político, a los que, por razones prácticas, puede amoldarse el Derecho positivo. En lo privado, que sería lo que importa a la sociedad, no se encuentra lo público, por lo que éste tiene que ser un efecto de orden externo, un producto político. La objeción de Comte (y otros) contra el Derecho, preocupado por *l'amoindrissement continue de l'action politique*, que no puede ser considerada en este lugar, merece la mayor atención, pues se fundamenta en que, en el fondo, no sirve sino para introducir la confusión en la política llevando a ella lo privado, es decir, invirtiendo los términos de la naturaleza de la *polis* griega. Por eso su objetivo consistía en establecer las bases de la *raison publique*.

Pero bien se acepte la distinción como una consecuencia histórica inevitable, bien se la depure de todo juridicismo, sigue siendo verdad que tiene para lo político no sólo un valor epistemológico, de acuerdo con la tesis de Radbruch, sino «un «valor esencial u ontológico» (17), previo a toda consideración de índole jurídica siempre imprecisa e inoperante en la práctica, donde enturbia la percepción de lo que son relaciones políticas y lo que son relaciones jurídicas (18).

(17) J. FREUND: *La esencia de lo político*, Madrid, 1968, 65, págs. 356. Cfr., por ejemplo, N. BOBBIO para quien, así como el Derecho privado se relaciona con la economía, del mismo modo se relaciona el Derecho público con la política. «Hegel e il diritto», en *Rivista di filosofia*, vol. LXI, núm. 1, 1970. No obstante, la burocratización del Estado equivale a la hipótesis de que la administración no es necesariamente una función pública y, por lo menos en este punto, fracasó la Revolución francesa: la Administración llegó a convertirse en lo más importante.

(18) Una muestra de esa imprecisión unida, sin embargo, a una intuición del fondo del problema, la constituye, por ejemplo, la siguiente: «No se puede afirmar

## IV

## LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN POLÍTICA

Las relaciones políticas ni son, pues, públicas ni son privadas y, en verdad, desde un punto de vista no positivista, tampoco lo son las relaciones jurídicas, aunque unas y otras participan de un carácter común a ambos. En realidad el actor político no se para a considerar si su objeto pertenece a uno o a otro sector, sino que existen buenas razones para pensar que la acción política consiste, precisamente, en dar mayor énfasis a lo que interesa a todos y no puede por eso considerarse como un derecho, cuyo ejercicio es siempre individual. De ser cierta *ante facto*, y si el actor político creyera en el valor de la distinción jurídicista, su campo de acción quedaría circunscrito a lo ya definido como público por supuesto, pero, además, al inmovilismo político y la «política» constituiría, a lo sumo, una mera rutina. Esta es la principal dificultad de las constituciones «escritas» (19), que se convierte en error manifiesto en el caso de las de la especie «rígida». En realidad el constitucionalismo tenía en sus comienzos una razón práctica para formular con nitidez una esfera pública, ya que aparece como movimiento de oposición al ejercicio arbitrario del poder. Pero se convierte, asimismo, en otra forma de arbitrariedad que, por cierto, falsea la democracia política en el sentido temido por Tocqueville y Stuart Mill y, en parte, denunciado por Marx, cuando lo público pretende convertirse en una especie de esfera «espiritual» en

---

científicamente una prioridad entre el Derecho público y el Derecho privado; sólo se podría hablar de ella por motivos de preferencia personal o por mantenerse una posición política individualista o de absolutismo estatal. Tienen entre sí diferencias, pero no superioridad o primacía. El Derecho público tiene un carácter más básico, ya que determina la estructura política del Estado, pero también es más adjetivo; el Derecho privado tiene más contenido material, pero está basado en el público. El Derecho privado es más estático, más íntimo, está más directamente relacionado con los mandatos del Derecho natural; el Derecho público es más movable, más influenciado por los rápidos virajes de las ideas políticas y no interesa tan directamente al Derecho natural. Ambos están en una relación de mutua dependencia, el Derecho público es el *sine qua non* del público y el Derecho privado será el "para qué" del Derecho público. Esta íntima conexión hace que incluso sea imposible conocer bien las instituciones de una dirección o rama del Derecho si se la desliga por completo de la otra.» F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, vol. 1.º, parte 1.ª, cap. II, 11, 6, págs. 99-100.

(19) Entre las constituciones escritas, la norteamericana constituye un caso especial dado que allí se trata de la fundación *ex novo* de una comunidad política.

contraste con la esfera «material» de lo privado, aunque esto sea inevitable dado el origen del Estado moderno como aquello destinado a absorber el poder espiritual en otros tiempos vinculado a la Iglesia. La consecuencia es que el poder, por otra parte, temporal en su origen y según su verdadera naturaleza, puede llegar a arrogarse la administración de fines trascendentes —en el sentido de intemporales en cuanto al momento de su determinación—, y pretender ser el único definidor de lo bueno y de lo malo. O sea, que la consecuencia lógica del Estado de derecho —una vez agotadas las condiciones históricas que lo hacen posible en un momento— es el Estado totalitario.

Por lo pronto, las revoluciones sociales derivan directamente de esa concepción que impide que las relaciones «públicas» se sometan a una disciplina exterior y distinta de ellas, y por otra, dado el tipo de sociedad, o sea, según la realidad social a la que se refieren, es incapaz de contener el crecimiento y la invasión de los intereses privados utilitarios. Impide así la acción civilizadora de la política, que consiste en moldear como hábitos y costumbres «públicas», impulsos y motivaciones privados, según entrevió Hobbes y, por el contrario, favorece el imperio de éstos.

En efecto, el «Estado de naturaleza» constituye una ficción, entre otras razones porque supone la inmutabilidad de la naturaleza humana; pero sirve de contraste para entender lo que son los que el pensador inglés llamaba «asuntos de política», a diferencia de lo que él mismo llamaba «asuntos de Derecho» (20). La política disciplina mediante el Derecho —es decir, civiliza— las tendencias humanas antisociales —previas al Derecho, del cual son sus supuestos— perjudiciales, en definitiva, para el propio individuo (21). Los asuntos de política coincidían con lo que cabría llamar después públicos o generales, y los asuntos de Derecho con aquellos tan firmemente establecidos que basta regularlos mediante el Derecho, por lo que pertenecen a lo privado: son derechos «cíviles». La prerrogativa pública era la que inter-

---

(20) En 1621 se produjo en Inglaterra la crisis con España que obligó a Jacobo I a convocar el Parlamento después de diez años. Este subordinó su voto de los subsidios pedidos, a la resolución de sus quejas. Ahí se esbozó el principio constitucional de la responsabilidad del Gobierno ante el pueblo, nota MCHLWAIN, como asunto, no sólo de derecho sino de política.

(21) En KANT, la palabra *Bildung* tiene un significado por oposición a *Erziehung*, educación genérica, de educación en sentido teórico como síntesis de disciplina (*Zucht*) e instrucción (*Unterweisung*) y a la *Kultur*, como educación (instrucción), que es patrimonio del *Privatmann*. *Bildung* se diferenciaría de *Kultur* en que ésta no incluye la idea de disciplina. Estos términos que, después de todo en KANT no llegan a diferenciarse mucho, juegan un gran papel en el pensamiento posterior alemán para aludir a la política como *Bildung*, en sentido próximo a *Paideia*. Es la misma idea de HOBBS de quien quizá procede, así como de los griegos.

pretaba «razones de Estado» que, prescindiendo de lo que, en un sentido estricto, significaban en la época, equivale a decir que sobre los asuntos políticos «normales», existen otros cuya especificidad y «santidad» escapan al trato habitual. Es decir, que aún por encima de lo público, entendido como lo que politiza directamente el Derecho, y de lo privado, debido a consideraciones en definitiva jurídicas, existe esa esfera donde verdaderamente se muestra lo político con tal intensidad que queda, por lo tanto, fuera de toda consideración encaminada a definirlo. Trátase, en el caso de Hobbes, de lo espiritual, que determina y decide sobre el destino de la comunidad. Pero esto no tiene sitio dentro del constitucionalismo. Es lo que, de forma perversa, impulsa y da sentido al totalitarismo.

Los fines de la política consisten en establecer un equilibrio entre lo bueno y lo que la realidad impone como necesario, de donde resulta el carácter utilitario, de conveniencia, de la acción política y la razón por la que la opinión pública sana parece ser la que acepta el compromiso político en cuanto fórmula para lograr lo posible. Ahora bien, lo bueno es el objeto de poder espiritual, y lo posible el objeto de poder temporal (de ahí la inmoralidad del posibilismo político); aquél señala fines a largo plazo, es previsor o providente; éste, fines a corto plazo, como etapas sucesivas para alcanzar aquéllos. En medio, la política decide, en verdad, sobre los primeros haciéndolos permanentes, «sagrados» y pone en práctica los segundos. Mediante el Derecho relaciona unos con otros, pero no como dos campos separados y aun opuestos, sino tratándolos orgánicamente. Toda norma auténticamente jurídica se halla impregnada de ambos. Gracias al Derecho, el Gobierno se preocupa de los fines a corto plazo, dedicando su acción a controlar que no se desvíen de los fines a largo plazo o se opongan a ellos, así como a facilitar la realización de los primeros como medio indirecto de llegar a los últimos. Es en esa obra cómo los regímenes se legitiman o se desacreditan. Determinar los fines temporales a largo plazo —lo que implica una idea del «bien común» fundada en las previsiones del poder espiritual—, conservarlos en la memoria de las generaciones, y hacer de ellos la raíz ética de las acciones humanas, confiere autoridad al ejercicio del poder; la autoridad es fuerza moral. La actuación sobre los segundos —según una idea del «bien-estar»—, para que se acomoden a los primeros, es simple potestad o ejercicio del poder de autoridad cuya moralidad refleja. En cambio, la fijación jurídica de los fines políticos equivale a la supresión de la política en su auténtico sentido, en cuanto supone una negación de la historia y, por tanto, de los fines a largo plazo y del «bien común». El tiempo sagrado de las instituciones deja de serlo; éstas se ponen al servicio del «bienestar», se instrumentalizan y pierden entonces su fuerza vinculante. También la autoridad se reduce a

poder. La acción política acaba por identificarse, poco a poco, con los fines a corto plazo. Tal es la esencia del realismo político que hace entonces del criterio de la utilidad un fin absoluto (22). Es decir, el poder temporal pervierte así el carácter providente del poder espiritual, al usurparlo.

La dimensión utilitaria de la política consiste en el empleo más productivo de los medios encaminados a realizar lo posible dentro del orden de los fines a largo plazo, para concretar la idea de bien como bienestar; mientras es asunto de conveniencia entre los medios y los fines a largo plazo, la utilidad no pierde nunca de vista lo universal, constituyendo entonces la base de la existencia de los auténticos *intereses públicos* de cuya realización se espera el bienestar público, y cuyo proceso paulatino da lugar a que se estructure la comunidad. Tal es el criterio utilitario de la política (23).

Pero la determinación, bajo la forma de Derecho, de fines específicamente públicos, reduce el sentido de los fines a largo plazo, acuciando el deseo de realizar prontamente los que afectan de manera más directa al Soberano —la voluntad popular; si es unipersonal, el déspota o tirano— y aquellos que conmueven más su sensibilidad (sobre todo esto, pues los actores son personas concretas individuales).

Dicho de otro modo, los fines de la política, cuando el poder se reduce a una cuestión de derecho, se quieren alcanzar, naturalmente, dentro de la duración de la vida humana, y entonces la utilidad subjetiva se convierte en el criterio determinante. Lo público no indica fines a largo plazo (o sus declaraciones al respecto son meras ilusiones o una muestra de cinismo) y, en cuanto trascienden el tiempo de la vida humana, universales. Ahora constituyen insensiblemente un plan —la previsión providente secularizada— para lograr aquellos fines que pueden favorecer a la generación predominante. Con ello pierden las instituciones su carácter sacro y, al mismo tiempo, caen las

(22) «Tales son, sin duda —decía Comte—, necesariamente, las consecuencias generales del irracionalismo, disposición que circunscribe en la actualidad cada vez más el campo de las combinaciones políticas a las consideraciones materiales como únicas e inmediatas, descartando cualquier especulación de carácter más amplio acerca del futuro social.» *Cours*, lecc. 46, pág. 126. Se trata del sistema de *l'exploitation national*.

(23) La cual no pertenece estrictamente al Derecho. Para éste, la utilidad resulta ser sólo un criterio lógico, es decir, de economía, pues, originario o derivado, el Derecho carece de significado mientras el *ethos* o la conciencia no lo siente como tal. El Derecho no es, pues, la legalidad. Esta constituye sólo una regla de acción, previamente a la cual existe el Derecho cuya realidad niega el legalismo, del mismo modo que el positivismo niega la de lo sagrado y el sociologismo la de la política. El constitucionalismo jurdicista eleva a categoría básica lo que entre los juristas romanos era una disposición gubernativa particular: la *constitutio*, que en la Edad Media empieza a distinguirse de la *consuetudo* o costumbre antigua.

creencias convirtiéndose también la política en un instrumento. Pues lo político, que según la perspectiva de la libertad política constituye un fin en sí, dado que el estado perfecto del individuo humano consiste en ser políticamente libre, ahora es, igual que la libertad, el pretexto para discriminar entre ellos a los hombres, puesto que cada uno quiere apurar todas las posibilidades (24). Y, sin embargo, el fin de la política —bien se inspire en la filosofía, o bien dependa de una religión— consiste en la realización en el tiempo de la *humanitas*. Por eso, siempre toma como modelo un Estado u orden humano ideal, de pura eticidad. Realizarlo es el vicio del moralista político.

La sofística clásica lo sabía muy bien: si la realidad política se reduce a cuestiones de hecho, la ley del más fuerte es la más justa. Y la política de fines a corto plazo reduce la acción política a cuestiones de hecho: a negocios públicos, a la *Realpolitik*. O sea, que la política ya no versa sobre lo legítimo, pues la legitimidad o la ilegitimidad, que se refiere al sentimiento de lo ético, le resulta algo extraño. La política se convierte en arte de legislar, en legalidad, al mismo tiempo que el Derecho pierde su carácter ético, pues la legalidad concierne sólo a los actos externos y extraños al tiempo, sin el contenido ético que deriva de su inserción en una *durée* (25).

---

(24) «La libertad política no se concibe, pues, como una independencia del poder o como una liberación del mando y la obediencia, sino como una colaboración directa o indirecta con el orden existente, en la medida en que, evidentemente, éste no sea opresivo. En efecto, sólo en el caso de que un régimen sea despótico, puede la libertad adoptar el aspecto de la desobediencia, no por ella misma, sino para restablecer un orden que haga posible de nuevo la colaboración.» J. FREUND, Op. cit., 48, página 273.

(25) Por eso pudo decir C. SCHMITT que la legitimidad de una Constitución «no necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política», por lo que resulta todavía más inconcebible que una «Constitución nueva, es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una Constitución anterior y se haga dependiente de ella», y, por lo tanto, «nada tiene que ver la cuestión de la coincidencia de la Constitución nueva y la vieja con la cuestión de la legitimidad». *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, § 9, págs. 101-102. Esa es la razón por la que los cambios históricos asumen, bajo el constitucionalismo, la forma revolucionaria. No puede ser de otra manera cuando se aplican tajantemente los postulados legalistas del Estado de derecho. En efecto, establecido el Estado de derecho o el régimen constitucional, según la mentalidad jurídicista amparada en la separación entre lo público y lo privado, se sobrentiende que la *uctoritas* del *pouvoir constituant* se halla depositada en aquélla; de modo que lo que se llama autoridad no es sino *potestas*, cuyos ejecutores son individuos privados. Previendo el escamoteo subsecuente, había ya protestado SIEYÈS. Mantenía éste que ese *pouvoir constuant* es el titular de la fuerza moral, el que posee *uctoritas* originaria para determinar el derecho conforme al *ethos* colectivo; *uctoritas* que no se extingue por haberla ejercitado una vez. Cfr. SCHMITT, Op. cit., § 10, I, pág. 106. Tiene interés recordar que en Roma ley (*ex*)

Hay una dificultad: si la legalidad es obediencia al Derecho, y a éste le falta el carácter normativo de la moral, o bien la legalidad establecida aspira a la eternidad, trascendiendo el tiempo (naturalmente mediante el terror) o bien se sostiene mediante la corrupción. En efecto, reducida la moralidad a lo interno, llega a perder el sentido de la orientación puesto que, o bien la legalidad externa llega a padecer falta de vigencia —es decir, deja de ser coherente con el orden moral natural existente de hecho en el momento de ser establecida— o bien los criterios internos de moralidad, sin un poder moral orientador, llegarán a no coincidir con los de la conducta externa. La situación se parece a un estado de anomía social en que el individuo conformista identifica la legalidad basada en la fuerza con la moralidad (en realidad o se retorna insensible ante ésta o aboca al cinismo), dejándose guiar por la fuerza exterior. El sistema de la legalidad multiplica las normas legales, pero la mentalidad legalista llega a considerarse a sí misma tanto más perfecta cuanto mayor y más minuciosa llega a ser su actividad legislatora: se legisla para todo y para cada caso concreto. Lo que había sido liberado e incorporado a la civilización vuelve a ser regulado con detalle: «Resultará fácil reconocer por doquier lo absurdo y funesto que es este infantil espíritu reglamentario que, ocupado únicamente del orden material tiende a la subversión total de la sociedad con la esperanza de aportar a cualquier precio un remedio esencialmente ilusorio a un inconveniente parcial o mal evaluado» (26).

## V

## POLÍTICA Y ETOLOGÍA

Decía Hegel que un Estado «está bien constituido y será fuerte en sí mismo cuando el interés privado de los ciudadanos esté unido a su fin general y el uno encuentre en el otro su satisfacción y realización» (27). El pen-

---

era, según GAIO, «lo que el pueblo ordena y ha establecido», de manera que el efecto que poseía una ley ante el ciudadano era el de un contrato —con el ejecutivo— al cual ha prestado su asentimiento. De modo que la infracción de una ley equivale a la de una obligación contraída por él. Algo parecido ocurre en Inglaterra donde en lugar de Estado de derecho rige el Imperio de la ley. El poder ejecutivo es el verdadero Gobierno. El legislativo y el judicial son poderes que, históricamente, ha hecho suyos el Gobierno frente al pueblo y al *pouvoir spirituel*.

(26) A. COMTE: *Cours*, loc. cit., pág. 124.

(27) *Lecciones de Filosofía de la Historia Universal*, Madrid, 1953, pág. 69. Por eso, constituye su doctrina constante que «todos los fines de la Sociedad y del Estado son los fines propios de los particulares». *Filosofía del espíritu*, Madrid, 1918, § 486.

sador alemán ponía, empero, lo político —lo mismo que Comte, que quiere reconstruir el poder espiritual—, fuera del Derecho, y aun al nivel del cambio histórico como alteración del *pouvoir constituant* visto según la perspectiva jurídica; es decir, lo hacía radicar en la instauración de nuevas instituciones, en la creación de un nuevo *ethos* colectivo (28), según unos principios determinados.

El carácter etológico de la vida humana es, en efecto, el que hace aparecer la idea de cambio y por lo que aquella sólo resulta comparable a lo meramente natural en su nivel inferior. Las cosas, los seres vivos en general, no tienen consciencia, la cual sólo se manifiesta en el nivel de la existencia humana que Comte denominaba social y que viene a coincidir todavía con lo que los griegos llamaban política, su manifestación racional y coherente, pero impregnada de *ethos*, es decir, en el modo de existir autoconsciente. La consciencia es, por supuesto, individual, pero como sólo se cae en la cuenta de ella mediante la consideración del otro, de los yo-espejo, cabe hablar de una consciencia colectiva. Trátase, según decía Durkheim, del «conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad constituyendo un sistema determinado que tiene su vida propia» (29). Y el Estado es la institución que encierra todas las instituciones confiriéndoles su tiempo sacro, su *ethos* humano, que es la raíz de la acción individual. Por eso es lo *stato*, lo estático y permanente cuya fun-

---

(28) «Este *ethos* peculiar de una civilización dada, a menudo inalcanzable, siempre irreproducible, estos principios, estas leyes, escritos, sin embargo, en la consciencia, constituyen la fuente de su "Derecho" en el sentido común del complejo de leyes y de instituciones objetivadas. Y, ciertamente, unida a este límite, apuntando de las instituciones jurídicas a los principios, al *ethos* que las inspira, se hace continuamente incierta y se confunde, la línea de distinción entre derecho y política en sentido amplio, entre derecho y costumbre; de manera que nos sentimos preocupados por la idea de la unidad del espíritu y la de la unidad de aquella determinada civilización, de la cual estudiamos, aislándola, la manifestación jurídica, la síntesis personalidad-sociedad.» G. GORLA: *Commento a Tocqueville: "L'idea dei diritti"*, Milán, 1948, capítulo I, § 8, pág. 23. En cierto modo el error, o la exageración de HEBEL consistió en ver el cambio histórico como un cambio total; una precisión del cambio histórico limitaría éste a la alteración que se da en el ámbito del poder temporal, suponiendo más o menos inalterado el del poder espiritual.

(29) *La división del trabajo social*, Madrid, 1928, libro L, cap. II, I, pág. 94. «Toda época —decía Dilthey— se halla condicionada, hasta en sus vivencias más profundas, por la posición de conciencia de los hombres en la misma, y además por los supuestos, intelectuales y afectivos, contenidos en ella: dentro de éstos respiran, sienten, piensan y quieren los hombres. No se puede separar esta idea de un pensamiento verdaderamente histórico.» *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, Méjico, 1947, página 215.

ción consiste en hallarse siempre presente como custodio de los fines a largo plazo, de las potencias del *ethos*. De ahí su carácter objetivo, pero no inmutable, no porque sea neutro como pretende serlo el *Rechtsstaat*, sino porque sus fines están fuera de los límites de la duración de la vida humana. El movimiento se lo confiere el Gobierno actualizando continuamente las posibilidades éticas, y este es el terreno de los asuntos políticos temporales. De modo que el Gobierno sin un fin a largo plazo, sin objetivo, es el vehículo de la arbitrariedad; los Gobiernos sin legitimidad proponen sin tregua, realizan la «revolución» permanente.

Es por eso que en la teoría política griega, y aun en la romana, era esencial el cambio de la forma política, porque implicaba un cambio total, ya que incluía una modificación de los contenidos, tanto del poder espiritual como del poder temporal íntimamente unidos; se trataba de una mutación radical del tiempo sagrado y de los fines a largo plazo. En Europa, mientras existe el dualismo entre ambos poderes, el cambio histórico afecta solamente al tiempo secular, al poder temporal (30). He aquí por qué el cambio en las formas —Comte es uno de los primeros en afirmarlo en esa importantísima lección 46 del *Cours*— no es capital pues no tiene por qué trastornar radicalmente la legitimidad, es decir, no supone una alteración sustancial del *ethos* que informa los actos humanos. Ello se debe al hecho señalado de la división del poder en poder espiritual y en poder temporal, pero precisamente al llegar a identificarse el poder espiritual y el poder temporal en la misma institución, como es en el caso del Estado totalitario o equivalente, o al aniquilar el poder espiritual, la cuestión de la forma recobra su importancia aunque de otra manera; entonces la religión, «la empresa humana por la que

---

(30) «La división normal entre el poder espiritual y el poder temporal debe ser considerada como la que ha perfeccionado en grado eminente la teoría general de la organización social, para toda la duración posible de la especie humana, y bajo cuyo régimen debe subsistir siempre. Gracias a esta admirable división, las sociedades humanas han podido establecerse naturalmente sobre una escala mucho más grande, dada la posibilidad de reunir bajo un mismo Gobierno espiritual poblaciones demasiado numerosas y demasiado variadas como para no exigir diversos Gobiernos temporales distintos e independientes. En una palabra, se han podido conciliar así, en un grado hasta entonces quimérico, las ventajas opuestas de la centralización y las de la difusión política.» Por eso A. COMTE, al contrario que HEGEL, no se opone al cosmopolitismo entendido como gobierno mundial, pues, gracias a esa distinción, «se ha hecho posible concebir sin que parezca absurdo, en un futuro lejano pero inevitable, la reunión del género humano entero o, por lo menos, la de toda la raza blanca, en una sola comunidad universal, lo que hubiese implicado contradicción en tanto que estuviesen confundidos el poder espiritual y el poder temporal». *Considérations sur le pouvoir spirituel*, pág. 177.

queda establecido un cosmos sacralizado» (31), no actúa socialmente de manera que el Estado mismo se convierta en fuente de legitimación en lugar de ser una institución legitimada. La doctrina agustiniana de las dos ciudades ya alude a esto y en verdad con la religión cristiana es la Iglesia la que, en principio, legitima todas las instituciones, y luego el Estado, primero como poder secular, luego como su heredero, *pero sólo mientras administra su herencia*, o en la medida en que comporta como Iglesia secular.

La religión ha introducido ese otro factor que son las virtudes privadas, prácticamente desconocidas en la antigüedad para la cual, por ejemplo, en el sentido romano que luego resucita Maquiavelo, virtud es sinónimo de valor, es decir, de una disposición determinada en relación con la acción externa, con lo «público». Pero el cristiano diferenció las virtudes privadas de las virtudes públicas. «Rebajando éstas, realzó aquéllas; colocó a Dios, a la familia, a la persona humana por encima de la patria; al prójimo sobre el ciudadano» (32).

Ahora bien, puesto que es la religión la que legitima las instituciones sociales «otorgándoles un *status* ontológico válido en última instancia, esto es, colocándolas dentro de un marco de referencia cósmico y sagrado» (33), el Estado de derecho, religiosamente neutro, o el, en cierto modo más consecuente Estado ateo, no sólo carece de esa virtud legitimadora si no que, en la medida en que conserva vigencia la religión, ésta influye en el ámbito

(31) P. L. BERGER, *Op. cit.*, 1, pág. 46. Copiamos el párrafo de COMTE que sigue al anterior: «En el interior de cada sociedad particular se ha resuelto el gran problema político que consiste en conciliar la subordinación respecto al Gobierno necesario para mantener el orden público, con la posibilidad de rectificar su conducta cuando deviene viciosa, en la medida en que pueda serlo gracias a la separación legal establecida entre el gobierno moral y el gobierno material.»

(32) FUSTEL DE COULANGES: *La ciudad antigua*, Buenos Aires, 1945, libro 5.º, capítulo II, pág. 537. Era doctrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO que «el hombre no se ordena a la comunidad política según todo su ser y todas las cosas que le pertenecen, y por eso no resulta preciso que todos sus actos sean meritorios o no respecto a la sociedad». *Summa Theologica*, Madrid, 1954, 1-2, q. 21, a. 4, pág. 573 del tomo IV.

(33) P. L. BERGER, *Op. cit.*, 2, pág. 57. E. DURKHEIM ha resumido las consecuencias muy bien en relación con el mundo europeo: «Sólo con el cristianismo se sale Dios definitivamente del espacio; su reino ya no es de este mundo; la disociación entre la Naturaleza y lo divino es tan completa que degenera en un antagonismo. A la vez, la noción de la divinidad se hace más general y más abstracta, pues está formada, no de sensaciones, como originariamente, sino de ideas...» *Op. cit.*, libro II, capítulo III, I, pág. 340.

privado, produciéndose un conflicto latente puesto que tiende a legitimar aquellos actos que constituyen fines privados considerando los actos políticos prácticamente como ilegítimos, o incluso como indiferentes en sí mismos (34).

En suma, la aparición del Estado laico o ateo (o sus sucedáneos), y la inexistencia de otra instancia capaz de legitimar las instituciones, priva de legitimidad a las leyes cuya generalidad se convierte en un mito, pues, como dice Jouvenel, «no es cierto que el orden de la sociedad deba ser procurado enteramente por el poder. Las creencias y costumbres lo hacen en su mayor parte» (35). Lo cual no resulta posible, evidentemente, si falta un poder espiritual capaz de suscitar hábitos de acción, esto es, virtudes de trascendencia social. El Estado totalitario podría considerarse, desde este punto de vista, el intento de crear legitimaciones sólo desde un poder laico: tal es la función de la ideología. En parte lo consigue mediante la legitimación carismática en el sentido de Weber que suscita la acción revolucionaria. Cuando se han sedimentado las pasiones y la emotividad que suscitan, sólo cabe ya un modo de «legitimación» mediante la corrupción sistemática, si es que puede todavía denominarse legítimo a un estado de cosas semejante o apelar al terror. Sin embargo, no es un hecho desacostumbrado, aunque este tema de la corrupción política es otro de los más olvidados.

En todo caso, el racionalismo jurídico no puede admitir que las creencias y las costumbres desempeñen papel alguno, si bien en determinadas situaciones prácticas todavía se dejan actuar ante la imposibilidad de provocar un cambio total. En esta parcialidad, a medio camino hacia el totalitarismo, es donde, de manera más obvia, cabe percibir esa clase de corrupción y donde lo público se muestra como el intento artificioso de construir un santuario que la encubra «sacralizando» una parte del Derecho. Quizá el régimen de la Monarquía orleanista constituye el ejemplo histórico más obvio que puede servir de modelo para construir el concepto. Una característica del siglo XIX consistió en el deseo de someter las Iglesias, capaces de influir todavía las conductas privadas, a los *Diktaten* estatales. La *Kulturkampf* de Bismarck señala un momento de gran intensidad, pero no el único. Reconociendo el hecho de la influencia que todavía podían tener los grupos religiosos orga-

---

(34) Es sintomático el hecho de que la teología moderna se haya transformado, en buena medida, en teodicea, ciencia que *explica* la continuidad entre el individuo y la colectividad, entre la naturaleza y la sociedad, y entre las generaciones, en cuanto constituye «un intento de pactar con la muerte», BERGER, Op. cit., 3, págs. 95 y sigs., Trátase de la explicación racionalista de lo sagrado y de las relaciones del mundo con lo divino. La teodicea es una teología secularizada de la época en que los Príncipes someten a las Iglesias o se nombran sus jefes.

(35) *El poder*, Madrid, 1956, cap. XII, pág. 251.

nizados se propugnó en general una política de sometimiento de los mismos al Derecho, naturalmente al Derecho público como esfera «neutra», con el propósito de lograr una situación intermedia en que quedase asegurada, a favor del Estado, su influencia.

Realmente, sólo el ateísmo radical de Feuerbach, de Marx, etc., ha sido consecuente con las tendencias modernas. Dictaminar que la religión es el opio del pueblo equivale, a la vez, a reconocer la dimensión sacra de la política que necesita de legitimaciones ajenas a ella, y a la expresión del deseo, consecuente con las premisas del racionalismo, con la evolución histórica y con los sentimientos de la época, de sustituir, primero la religión por la política, instrumentalizando luego ésta, sin embargo, para su autosupresión (36). Es decir, el marxismo militante y las tendencias afines de tipo totalitario comprenden el hecho de que política y religión son dos polos de una dialéctica histórica que no puede subsistir si uno de ellos se suprime. Entonces se ensaya una tercera etapa consistente en suprimir una y otra, después de las anteriores en que la religión intentó instrumentalizar la política, lográndolo casi, y la siguiente en que la política ha hecho lo mismo con la religión. El racionalismo positivista se cree en situación de suprimir ese conflicto histórico gracias al empleo de un factor nuevo antes desconocido: la ciencia, la cual ha logrado los mayores éxitos en relación con el mundo exterior. El problema radica, pues, en la aniquilación, sustitución o conformación del «fuero interno» (37). El Estado de derecho aún sostiene su prestigio gracias a que, mediante la distinción legalista entre lo público y lo privado mantiene la ilusión de que, en verdad, mantiene ecuanímente el equilibrio entre ambos fueros.

---

(36) COMTE se hizo eco, por otra parte, de «la extraña unanimidad que manifiesta esta escuela», [la escuela «rétrograde» de los pensadores católicos contrarrevolucionarios], «en consentir la supresión real de la base principal del sistema católico y feudal, al renunciar a la división capital entre el poder espiritual y el temporal, o, lo que viene a ser lo mismo, al asentir a la subalternización general del primero respecto al segundo». *Cours*, lecc. 46, págs. 21-2. Trátase de una tendencia general de los espíritus modernos o de su mayor parte, fomentada en proporciones increíbles, pero no bien comprendidas. Por esa escuela retrógrada y sus adeptos más o menos directos. El socialismo es uno de sus productos.

(37) El fallo del positivismo científico —y resulta muy discutible cargarlo a la cuenta de COMTE— radica en que, aún si «el principio positivista de verificabilidad, tal como lo ha rectificado Popper, resulta inatacable como un principio epistemológico de las ciencias naturales», sin embargo, «carece de significación al aplicarlo a cualquier cosa acerca de la cual las ciencias naturales son incapaces de suministrar alguna información». L. VON MISES: *The Ultimate Foundations of Economics*, Princeton, 1962, capítulo 7, 3, pág. 120.

De todos modos el Estado de derecho continental pudo subsistir como tal gracias a la pervivencia, en el supuesto plano privado, de creencias y costumbres capaces de fundamentar todavía hábitos o virtudes, naturalmente, cada vez más acentuadamente privadas a medida que las Iglesias pierden su autonomía y la religión su atractivo. Pero, en parte, eso mismo contribuyó a su descrédito al mezclarse con lo público, afectando gravemente a la religión que determina aquéllas, pues dada la precariedad de su existencia política, aun prescindiendo de las naturales tendencias históricas vigentes, allí donde no fue violentamente convertida en institución de Derecho público sobre todo, se convirtió en aliada de grupos determinados y, en verdad, «cuando la religión quiere apoyarse sobre los intereses de este mundo, se torna casi tan frágil como todos los poderes de la tierra» (38). El Estado totalitario propugna decididamente su extinción, por lo menos a largo plazo, mediante una completa sumisión de sus instituciones o alterando violentamente las costumbres y las creencias en que arraiga.

La esfera pública responde a la necesidad de señalar todavía un campo de acción de interés general o común que impida la disgregación. Pero siendo incapaz de suscitar por sí misma creencias y costumbres, es decir, hábitos y virtudes públicas, el interés resulta que, en la práctica, se refiere claramente a intereses materiales. La única moralidad que puede engendrar el Estado de derecho por sí mismo es una limitada moral utilitaria: «cuando la noción del otro mundo se oscurece, resulta, pues, natural —escribió Tocqueville—

---

(38) A. DE TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, París, 1951, vol. 2.º, parte 2.ª, cap. IX, pág. 455. «La eficacia de las leyes, sean civiles o sean religiosas, no consiste en impedir los grandes delitos», le escribía dos años más tarde al conde de GOBINEAU (22 de octubre de 1843), sino que «la eficacia de las leyes radica en el obrar sobre el común de los hombres, en regir las acciones ordinarias de cada día, en darle un aspecto habitual a las ideas, un tono general a las costumbres». La razón es que el actor, el hombre concreto e individual, es indivisible. En el fondo, lo que da por supuesto el Estado de derecho al distinguir lo público y lo privado: que quienes actúan en una esfera no son los mismos que los actores de la otra, o bien que pueden cambiar fácilmente sus sentimientos. Comentando C. MARX el § 303 de la *Filosofía del Derecho*, de HEGEL (atribuyéndole erróneamente un punto de vista que no era exactamente el suyo) dice: «La separación de la sociedad civil y del Estado político aparece necesariamente como una separación del ciudadano *político* —del ciudadano del Estado—, de la sociedad civil, de su propia y auténtica realidad empírica, pues, en tanto que idealista del Estado, es un *ser distinto, diferente* de su realidad, diverso, opuesto», *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, Méjico, 1968, págs. 97-8. La ambigüedad de la política contemporánea y la de las conductas personales de muchos contemporáneos deriva de esa ambigüedad del Estado de derecho, pues, ciertamente, el Estado estructura la Sociedad.

que los hombres que no son capaces de pasarse sin una ley moral, intenten encontrar la sanción en esta vida, creando todos esos sistemas que, bajo nombres diferentes pertenecen a la doctrina del interés» (39). Es por lo que el pensador francés, que escribía bajo el ominoso régimen de julio, había confesado poco antes en el volumen segundo de la *Démocratie en Amérique*: «El medio más poderoso que nos queda, y quizá el único, de interesar a los hombres en la suerte de su patria, consiste en hacerles participar en su Gobierno. En nuestros días, el espíritu ciudadano (*l'esprit de cité*), me parece inseparable del ejercicio de derechos políticos...» (40). Ahora bien, tratábase de un remedio ante la evidente decadencia de los sentimientos generales que le indujo al pensador francés, durante un breve lapso que fue ministro de Asuntos Exteriores, a promover una política nacionalista contraria a sus sentimientos personales. Poco después Napoleón III instauraba la dictadura de masas e inauguraba el cesarismo... La existencia de un Estado sin que se dé un interés político correspondiente y, por descontado, sin las virtudes públicas que lo hacen posible, constituye el caso típico de la corrupción política. Por eso, Augusto Comte, el otro gran contemporáneo de Tocqueville, analizando su época como una época crítica, pero dentro de la cual era Francia el punto más sensible, y bajo el mismo régimen, creía que «la causa fundamental que obliga hoy al empleo pasajero de la corrupción política es asimismo aquella que, bajo otro aspecto, ha permitido su desarrollo; de manera que, por una armonía evidente, esta corrupción dejará de ser posible en gran escala, en cuanto la misma sociedad pueda comportar una mejor disciplina» (41). La reforma moral era, pues, su gran objetivo. Para él, como para todos los grandes pensadores políticos, el problema de la constitución de los regímenes, el de su permanencia e incluso su razón de ser es, en último término, un problema moral. Pero, dada la dialéctica entre el poder espiritual y el poder temporal, no cabe encontrar virtudes ni, por lo tanto, auténticos derechos ni regímenes legítimos, allí donde no existen sus condiciones.

(39) Carta a GOBINEAU de 2 de octubre de 1943, en O. C., tomo IX, París, 1959, página 58.

(40) Parte 2.<sup>a</sup>, cap. VI, pág. 366.

(41) *Cours*, loc. cit., págs. 11-2.

## VI

## CONCLUSIÓN

La distinción entre lo público y lo privado no pertenece esencialmente ni al orden moral ni al orden natural. Trátase de una división artificiosa cuyo origen hay que buscarlo en las doctrinas sobre el Estado de naturaleza con las que se pretende justificar el Estado y que luego se convierten, insistiendo en los aspectos contractuales, en justificación de las reivindicaciones de derechos naturales frente al Estado, que los reconoce, pues, como derechos públicos, suponiendo que con ello se legitima y se hace depositario del poder legitimador. Esa distinción entre dos esferas del Derecho resulta correcta cuando no establece dos campos, a veces, incluso, opuestos de hecho, pues, entonces, el conflicto afecta al mismo ser humano concreto, sino cuando por razones de economía de la acción se indican dos posibles campos pragmáticos para orientar las acciones humanas con mayor o menor profundidad pero no en sentido distinto. Se da por supuesto, en ese caso, que la utilidad constituye meramente un criterio para discernir si los medios empleados son los adecuados para realizar fines a corto o a largo plazo.

No obstante, el constitucionalismo, al establecer una separación legal entre lo público y lo privado, justamente en una época o en momentos en que no existen creencias sociales firmes y falta un poder espiritual que las consolide, determina una diferencia conflictiva entre los actores; parece que si el Estado tuviese, por una parte, fines que sólo a él le incumben, o que los individuos privados abrigan deseos absolutamente indiferentes respecto a la comunidad. Se introduce así una peligrosa escisión —que afecta incluso a la personalidad del actor—. En cuanto se rompe el equilibrio existente quizá al principio, pues el constitucionalismo se afirma en la lucha contra los poderes absolutos, al languidecer las creencias y al cambiar o no coincidir las costumbres, puede ocurrir, o que el Estado acabe por absorber todos los modos de vida, o bien, que los intereses privados prosperen a costa de los «públicos» creando una situación de guerra civil latente entre quienes controlan lo público y los que tienen que conformarse con actuar privadamente. En cualquier caso, la comunidad se encuentra perpetuamente en trance de desintegración y, por supuesto, desaparece la política cuyos fines son universales y a largo plazo y, por lo tanto, es capaz de dar cierta unidad a las oposiciones. Aunque sea la esfera pública la que se extiende a costa de la privada, y en un estado de civilización avanzado, inexorablemente son los intereses y los puntos de vista privados los que predominan en el conjunto de la sociedad, aunque mediante el empleo

del terror se pueda mantener la ficción de la primacía del interés público. Después de todo, el actor es siempre un individuo que, sin una sutil distinción suficientemente socializada entre los fines superiores y los inferiores, tiene que escoger entre lo público o lo privado.

Los fines perseguidos y la manera de perseguirlos serán, pues, casi siempre privados aunque los medios sean públicos. El fin de la política y, a largo plazo el del Derecho, consiste, como vio muy bien Comte, en la realización perfecta de la *raison publique*, ciertamente, como una asimilación de ideales relativos a la naturaleza humana. O sea, que, en último término, el fin de la política consiste en alcanzar la plenitud de los ideales éticos, comunes, comunitarios, constituyendo la historia su largo trabajo. Sin embargo, dada la naturaleza humana parece ser inexorable la tendencia a regresar al predominio de lo particular, de las tendencias egoístas, de alguna manera dominadas y, sobre todo, encauzadas por el poder espiritual mientras posea vigencia.

En la época del constitucionalismo, empero, si algo hay firme no se trata, verdaderamente, de las creencias; si existe alguna autoridad, ésta no suele ser, pese a las apariencias, espiritual, sino mero poder disfrazado. Los regímenes contemporáneos acusan casi todos ellos, naturalmente en mayor o menor grado, una inestabilidad que revela los débiles fundamentos de su legitimidad, y con ello, la falta de un poder sancionador que determine el sentido de la *humanitas*, que respalde determinados valores morales; tarea que no puede desempeñar el Derecho sin pervertir su naturaleza.

Lo público, que en el Estado de derecho constituye el fermento de la burocratización sin fines, quiere sustituir a aquellos sentimientos que son necesarios para la pervivencia de la comunidad, quizá porque esta misma carece de ellos; no obstante, los avatares cotidianos demuestran su insuficiencia. De manera que, cuando se examina profundamente su papel, se descubre que, al estar directamente vinculada con la soberanía, la esfera de lo público propende a obstaculizar la reforma del Derecho, siendo incapaz de sustraerse al predominio de los viejos intereses privados a cuya satisfacción se degrada cada vez más la política, sin consideración a la *humanitas*. La única salida, aparentemente objetiva, sin incurrir en tiranía o despotismo, consiste en la burocratización de los actos humanos, configurándose entonces «esa especie de autocracia moderna que no tiene analogía exacta en la historia y que, según Comte, se puede designar, a falta de una expresión más justa, con el nombre de materialismo o de despotismo administrativo» (42). Bajo un sistema así, los hombres pueden sentir satisfechas sus apetencias sensibles, pero la histo-

---

(42) *Considérations sur le pouvoir spirituel*, pág. 187.

ria enseña cómo vigorosas comunidades han languidecido sin remedio a causa del aburrimiento colectivo. En todo caso, la situación del mundo moderno no admite quizá comparación. Lo nuevo es que los regímenes contemporáneos, aunque esta especie de burocratización sea una combinación sabia de corrupción y terror, minados por el predominio de lo privado, nunca pueden sentirse a salvo de conmociones de consecuencias incalculables, cuya imprevisibilidad se hace mayor porque se trata de regímenes cuya ilegitimidad guarda proporción con la medida en que reciben su sanción de sí mismos.

DALMACIO NEGRO PAVÓN

## R É S U M É

*La matière de l'action politique est le Droit moral. Rhétoriquement il découvre et signale les buts à long terme, conditionnant les autres actions humaines relatives à chacun des domaines pragmatiques dont l'élargissement constitue l'aspect libérateur du travail de l'histoire. Le droit positif est le moyen par lequel la politique élabore les schémas de base des actes des êtres humains particuliers, dont le temps vital fait que ses fins soient plus limitées, les canalisant vers le bien commun, dont le critère est l'intérêt général. Or, l'expérience de ce qui est politique est l'histoire et celle-ci montre que le positivisme rationaliste configure les mouvements contemporains en tant qu'Etat de Droit, établissant une nette distinction entre le public et le privé comme s'il s'agissait de deux domaines pragmatiques ontologiquement différents au sein même du Droit, négligeant le fait que l'acteur est une personne concrète dans l'un ou l'autre domaine, de façon à ce que la différence qui établit une limite dont le sujet rationnel est l'Etat et une autre dont le sujet sont des individus particuliers, introduit une scission dans la vie humaine personnelle. La disjonction est réellement le résultat d'un processus d'évolution historique par lequel le rationalisme juridique — l'Etat absorbant le pouvoir spirituel — supprime la dialectique des deux pouvoirs. De cette façon, la politique reste soumise au juridique en tant qu'expression de la volonté étatique, et, occasionnellement, la perte de son caractère éthique est compensé par l'emploi de disciplines scientifiques. L'action politique dont l'objet est la réalisation de la humanitas, possède en effet un contenu moral qui perd de sa force lorsque cette action se dégrade en simple instrument. Ce qui tend à arriver comme développement logique des supposés de l'Etat de Droit.*

## SUMMARY

The terrain of political action is also that of Moral Law. It is this that theoretically reveals and lays down long-term ends, subordinating other human activities to each of those pragmatic fields whose extension constitutes the liberating aspects of the work of history. Positive law is the means by which Politics marks out basic patterns for the acts of outstanding individuals, whose dependence on time and place limits their goals, channelling them towards the common good, judged in terms of the general interest. But the experience of politics is history and the latter shows how logical positivism takes contemporary movements to be proper to a legal state, establishing a clear distinction between public and private as if these adjectives described two ontologically different pragmatic fields within the law, ignoring the fact that the agent is a specific person in both and that the effect of having one field whose rational subject is the State and another whose subject is the State and another whose subject is specific individuals is an excision in personal human life. This division is really the result of a process of historical evolution in which legal rationalism, with the absorption of the spiritual arm by the State, has suppressed the dialectic of the two powers. Politics is thus subordinated to law as an expression of the will of the State, loss of moral dimension being compensated for by the use of scientific disciplines in concrete situations. Political action the object of which is the realization of *humanitas* possesses, in effect, a moral content which it loses when it degenerates into a mere instrument. And this is what tends to happen as the logical development of the premises of the legal State.

