

CAPITULO V

DEL CONTRATO SOCIAL, SEGÚN ROUSSEAU

La obra de Rousseau se enlaza con la de Locke, pero significa un paso más adelante en el camino de la deducción racional de la idea del contrato. El contenido de las doctrinas de los dos autores presenta tan notables analogías que, por lo pronto, podría no advertirse la diferencia, la cual se halla, sobre todo, en el método y en la estructura lógica de ambos sistemas. Bajo este aspecto, resulta más difícil la distinción, porque Rousseau no se ha cuidado de hacer expresas declaraciones acerca del método, y, frecuentemente, usa de cierta ambigüedad en el lenguaje; de manera que el verdadero sentido de su teoría política y el valor que atribuye á la idea del contrato sólo puede deducirse exactamente del examen de la totalidad de su obra. La tradición tenía tal fuerza, que este autor ha conservado en gran parte las mismas fórmulas y la misma manera de exposición de sus precursores. Si no afirma, como hace Locke, el *acaecimiento* del contrato social, en cambio, habla de éste como de un «acto primitivo» (1), y asegura que sus cláusulas «son en todas partes las mismas y en todas partes tácitamente admitidas y recono-

(1) *Contrat social*, I, 7.

cidas», «aunque, quizá, jamás hayan sido formalmente enunciadas» (1). De un modo semejante, el hecho del tránsito del estado de naturaleza al de sociedad lo exponía, como veremos, en forma hipotética.

Fué necesario llegar á Kant y Fichte, sobre los cuales, por lo demás, tan directa eficacia tuvieron, como es sabido, las obras de Rousseau (2) para encontrar expresamente afirmado que el contrato social es un postulado de la razón, una verdad que no es histórica, sino ideal y reguladora (3).

Si bien en el *Contrat social* falta tan expresa afirmación, todo el espíritu del sistema no deja duda acerca de que el principio de orden exclusivamente racional, formulado con filosófica precisión por Kant, ya había sido concebido y defendido por Rousseau en este sentido (4).

(1) Ibid., I. 6.

(2) Acerca de la relación en que los principios de Rousseau y de la Declaración de los Derechos se hallan con respecto á las doctrinas de Kant y Fichte, véanse los apreciables estudios de BARNI *Kant et la révolution française*, en la *Revue de Paris*, tomo XXX (1856), págs. 481 508, y Fichte *et la révolution française*, que precede á su traducción del tratado de Fichte (ya citado): *Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la révolution française* (París, 1859), págs. I-LXXXIV.

(3) «Der Act, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat constituir, eigentlich aber nur die Idee desselben, nach der die Rechtmässigkeit desselben allein gedacht werden kann, is der ursprüngliche Contract, nach welchem alle (omnes et singuli) in Volk ihre äussere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinen Wesens, d. i. des Volks als Staat betrachtet (universi) sofort wieder aufzunehmen». KANT, *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797, 2. Aufl. 1798), § 47. Antes que Kant, se había expresado de un modo parecido acerca de este punto FICHTE. V. su *Beitrag zur Berichtigung de Urtheile des Publikums über die französische Revolution* (1793), I Buch, I Kap (páginas 43 y sigs. de la edic. de Zürich, 1844); y cons. *Grudlage des Naturrechts*, Zu. Th. (1797), § 17 y 18.

(4) Consúltense las declaraciones contenidas en el *Discours sur l'origine de l'inégalité* (lugares citados, más atrás).

El derecho natural de libertad é igualdad, como ya hemos visto, constituye el punto de partida y la base de la construcción política de Rousseau. El Estado sólo tiene razón de ser para la realización de aquel principio, y, por lo tanto, sólo cuando se conforme á éste la organización de aquél, existirá un *verdadero* Estado, ó sea un Estado natural y racionalmente *legítimo*. Rousseau propone la máxima del contrato social precisamente como expresión y condición *à priori* de la legitimidad del Estado.

El que la libertad y la igualdad deban reconocerse por el Estado, no es una consecuencia de que éste tome su origen del contrato, sino, al contrario, debe suponerse que el Estado tuvo su origen en el contrato, porque aquellos derechos han sido reconocidos por el Estado. En esto consiste la diferencia esencial entre el concepto de Rousseau y el de los anteriores contratualistas, sin excluir por completo al mismo Locke. Para éstos, los derechos del ciudadano en el Estado eran una consecuencia del acto contractual, y, en cambio, para Rousseau la fórmula del contrato es una consecuencia de aquellos derechos. Es verdad—ya lo hemos indicado—que la hipótesis del contrato fué desde el principio sugerida á muchos escritores por la intención de deducir de ella ciertos derechos del pueblo; pero el haber aquéllos concebido y representado el contrato como un acto real ó histórico (aunque sin poderlo demostrar históricamente), hacía tan *accidental* esta deducción, que, con el mismo método y con iguales argumentos, otros podían deducir la negación de aquellos de-

rechos, bastando para ello suponer el contrato celebrado con una cláusula en vez de otra. Y los ejemplos de las doctrinas de Grocio y Hobbes desmienten esto suficientemente. El acaecimiento histórico del contrato pierde, en cambio, toda significación cuando se considera á éste como constituido, no ya por el accidental consentimiento de los individuos, sino por la misma naturaleza de éstos. El punto de vista empírico queda así superado, porque el contrato ya no es un hecho ni depende del beneplácito ó del arbitrio de alguien, sino que es por sí mismo el necesario resultado de términos que se dan objetivamente y se fijan por la naturaleza de las cosas; es la ideal interferencia de los derechos connaturales de los individuos. Su contenido, en suma, no está determinado por lo que los hombres *hacen* ó han hecho, sino por lo que los hombres *son*. El contrato no tiene lugar en la realidad histórica; su orden de verdad es propiamente *transcendental*.

Si bien es cierto que Rousseau, en el pasaje antes citado, se refiere á un tácito reconocimiento de las cláusulas del contrato por la conciencia común, sin embargo, este real consentimiento no constituye el fundamento de la validez de dicho contrato. La adhesión prestada por los sujetos es un *consecutivum*, un momento relativamente accidental, con respecto á la verdad de la máxima establecida, que estando fundada sobre una exigencia intrínseca y objetiva de la naturaleza humana, en el sentido que este término tiene para Rousseau (cons. pág. 161 y sig.), es anterior y superior á su reconocimiento, sin que en modo alguno dependa

del hecho de que las instituciones humanas se conformen con ella en la realidad. De un modo semejante (para aclarar este punto con una comparación que aquí no es inoportuna), en el sistema de Kant, el imperativo categórico se indica como una voz que se hace sentir efectivamente en la conciencia, pero sin que su validez objetiva y universal dependa precisamente de este hecho psicológico, el cual más bien es un modo de manifestarse aquélla. Y el imperativo serviría de principio absoluto—lo declara Kant muchas veces—, aunque nadie se conformara jamás á él en su modo de obrar.

De este modo, la máxima del contrato tiene para Rousseau una significación eminentemente reguladora, ó sea, *deontológica*; es el tipo universal de la Constitución política que la razón revela como conforme con la *sustancia* del hombre, y por eso mismo sirve de criterio para apreciar las Constituciones existentes.

El que Rousseau, sin embargo, haya descrito el contrato social como un hecho realmente celebrado, se explica por dos razones. Ante todo, porque, como hemos advertido, Rousseau no pudo sustraerse completamente á la influencia de la tradición filosófica que había presentado constantemente el contrato como un acto empírico; y además, por aquella indiscutible tendencia del pensamiento que frecuentemente nos induce á dar ropaje sensible incluso á las verdades más puramente abstractas, y á veces obliga, por las necesidades mismas del lenguaje, á dar á un proceso lógico la figura de un acontecimiento real, suponiendo una

serie de existencias sucesivas allí donde sólo hay un orden del pensamiento, una relación intrínseca de las ideas.

Sabido es que, según Rousseau, la esencia del pacto se reduce á estos términos: «Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros en corporación recibimos á cada miembro como parte individual del todo» (1).

Ahora bien; esta entrega de los derechos de los individuos, la cual se hace para la formación de una persona pública y se les restituye inmediatamente, es un acto puramente conceptual, un proceso dialéctico al cual no corresponde una serie de operaciones en el tiempo. Si la transmisión tuviera verdaderamente la consistencia de un acto empírico, el individuo se encontraría durante determinado instante desprovisto de todo derecho; se encontraría reunida en el ente político la suma de los derechos de todos, y de ese mismo ente dependería entonces la distribución en cualquier forma y medida. Tal es, como hemos visto, la construcción de Hobbes; pero, para Rousseau la cosa es del todo diferente. La transmisión de los derechos individuales á la persona pública sólo es un supuesto para determinar la naturaleza de ésta; y el contrato social, según las palabras de Rousseau, sólo debe entenderse como «el acto por el cual un pueblo es un pueblo» (2). Pero, un pueblo, según la exigencia filosófica ya examinada (3), debe es-

(1) *Contrat social*, I, 6.

(2) *Contr. soc.*, I, 5. Cons. *Emile*, L. V, pág. 563.

(3) Cons., más atrás, el cap. II.

tar de tal modo constituido que en él los individuos encuentren íntegros los mismos derechos fundamentales que les pertenecen por naturaleza. Precisamente para que ocurra esto, y quede *a priori* excluido el que, alguno de los asociados, pueda ser privado, al menos, en parte, de sus derechos originarios, es necesario suponer (aquí está el recurso lógico que da un aspecto de paradoja á la fórmula de Rousseau) que todos han hecho, por igual, renuncia de aquellos derechos á favor de la comunidad. Si alguno hubiera retenido alguna parte de sus derechos, esto es, si no se hubiera sometido del todo al cuerpo social, tendría, con respecto á los otros componentes del mismo, una posición privilegiada que haría inútil el principio de la libertad igual para todos, en el cual está la suprema razón de la organización política. De ahí resulta, por lo tanto, el por qué es necesaria aquella aparente alienación de los derechos de todos: sólo para que cada uno tenga asegurada la total restitución de tales derechos.

Por consiguiente, el Estado, según el contrato social, está compuesto de tal modo, que hace imposible dentro de él una preponderancia jurídica de alguien con respecto á los demás; la sujeción de un individuo al cuerpo social tiene por condición la igual sujeción de todos (1), lo cual equivale á decir que todos son igualmente libres. En virtud de una referencia dialéctica á una sujeción general é incondicionada, la respectiva libertad de

(1) V. *Contr. soc.*, II, 4: «Los deberes que nos unen al cuerpo social sólo son obligatorios porque son mutuos».

cada uno está en realidad conservada por entero; se excluye *à priori* cualquier vínculo ó sistema de jerarquía, salvo aquél que hace á todos los ciudadanos depender igualmente del Estado, el cual vínculo se halla constituido por ellos mismos. La libertad de los ciudadanos queda absolutamente garantizada por que éstos sólo son súbditos con respecto á las leyes, y éstas son *los registros de sus mismas voluntades* (1). La soberanía del cuerpo político reside en aquellos mismos sobre los cuales se ejerce; de donde resulta que un acto de autoridad no es posible en el Estado, sino como exteriorización de la libertad de aquellos que le deben estar sometidos. Con que uno sólo de los asociados no sea llamado á participar de dicho acto, éste sería nulo porque ya no sería la expresión de la voluntad general ó sea del soberano (2).

Así la libertad queda necesariamente como principio absoluto, al cual se halla subordinado el mismo deber de la obediencia (3), y se vence el desacuerdo entre la exigencia del derecho natural de los individuos y la de su coordinación política. El Estado, conforme á la máxima del contrato, verdaderamente es una pura forma de libertad, la realización inmanente y universal de ésta; y de este modo se resuelve el problema fundamental de la Constitución política: «Encontrar una for-

(1) V. *Contr. soc.*, II, 6.

(2) «Para que una voluntad sea general no es siempre necesario que sea unánime, pero es necesario que se cuenten todos los votos; toda exclusión formal rompe la generalidad.» *Contr. soc.*, II, 2 n.

(3) Según el pensamiento de Rousseau, que después fué repetido y desenvuelto por Kant, «la obediencia á la ley que se halla prescrita es libertad». (*Contr. soc.*, I, 8).

ma de asociación por la cual cada una, uniéndose á todos, sólo se obedece á sí mismo y queda tan libre como antes».

Que la alienación de los derechos originarios de los individuos, sólo es un postulado metódico para deducir de él la confirmación de aquéllos en la realidad del Estado, no puede ofrecer duda á quien considere la estructura lógica del sistema. Cualquier otra interpretación choca inevitablemente contra los principios cardinales del mismo. Rousseau considera la libertad como inherente á la misma naturaleza del hombre, de tal manera que éste no podría privarse de aquélla sin dejar de ser hombre. «Renunciar á su libertad es renunciar á su cualidad de hombre, á los derechos de la humanidad, y hasta á sus deberes. *Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre* (1)». Tampoco el contrato social puede producir tal desnaturalización. «Es tan falso, dice Rousseau, que en el contrato social haya por parte de los particulares *renuncia alguna verdadera*, que su situación, por efecto de este contrato, es realmente preferible á la que tenían antes, y que *en lugar de una alienación*, no han hecho más que un cambio ventajoso de una manera de ser incierta y precaria por otra mejor y más segura» (2).

(1) *Contr. soc.*, I, 4.

(2) *Ibid.*, II, 4, V. también I, 8. Este concepto está exactamente reproducido por KANT: «Man kann nicht sagen der Staat, der Mensch im Staate habe *einen Theil* seiner angeborenen äusseren Freiheit einem Zwecke aufgeopfert, sondern er hat die wilde gesetzslose Freiheit gänzlich verlassen, um seine Freiheit überhaupt in einer gesetzlichen Abhängigkeit, d. i. in einem rechtlichen Zustande unvermindert wieder zu finden; weil diese Abhängigkeit aus seinem eigenen gesetzgebenden Willen entspringt». (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § 47).

La *inalienabilidad de la libertad* es, por lo tanto, el verdadero principio y el eje del sistema político de Rousseau, que, bajo este aspecto, se contrapone directamente al de Grocio. «La alienación total de cada asociado con todos sus derechos á toda la comunidad» (1), en el pensamiento de Rousseau, sólo es un acto ficticio, ó un canon constructivo, necesario para demostrar cómo los derechos del individuo, aun siendo inseparables de su naturaleza, *deben ser formalmente conferidos al mismo por el Estado*, desde el momento y en cuanto forma parte suya. La fundamental significación de la participación del individuo en el Estado consiste precisamente en esta especie de *novación*, por la cual los derechos *naturales*, conservando integralmente su sustancia, se convierten en *civiles*. Y el contrato social no es otra cosa sino la fórmula categórica de esta conversión ideal.

Así se desvanece la aparente contradicción en la teoría de Rousseau entre el principio de la inalienable libertad por una parte y el postulado de su alienación por otra (2).

Por lo demás, si aún se necesitara probar que la hipótesis de la alienación incondicionada sola-

(1) *Contr. soc.*, I, 6.

(2) Que la contradicción sólo es aparente, no lo ha visto, por ejemplo, PALMA en su crítica del sistema político de Rousseau (*Il diritto costituzionale negli ultimi cento anni*, en las *Questioni costituzionali*, volumen complementario al *Corso di diritto costituzionale*. Firenze, 1885, págs. 14 y sig.). También ROMAGNOSI toma demasiado á la letra las palabras de Rousseau acerca de la alienación de los derechos individuales. V. *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, § XXX y XXXI. Más atinados estuvieron STAHL (*Die Philosophie des Rechts*, 5, Aufl., Freiburg, 1878, I, Bd.: *Geschichte der Rechtsphilosophie*, pág. 800) y THILO (*Die theologisirende Rechts- und Staatslehre*, Leipzig, 1861, pá-

mente sirve para la deducción objetiva de la igual libertad de los individuos en el Estado, es decir, que tiende á confirmar y no á destruir los derechos naturales del individuo, esta prueba se encontraría de un modo irrefutable en que el cuerpo social, según el contrato social, se halla determinado de tal modo que no puede funcionar ni afirmarse en esta cualidad suya sino mediante el reconocimiento de todos los ciudadanos como igualmente libres. Desde el instante en que el contrato social llegue á ser violado, es decir, con que un solo individuo no sea reconocido como partícipe del poder soberano, la autoridad del Estado se destruye y aquella hipotética alienación desaparece. Rousseau declara expresamente que *«cada uno vuelve á entrar entonces en el disfrute de sus primeros derechos y recobra su libertad, perdiendo la libertad convencional por la cual renuncia á aquélla»* (1).

En esta consecuencia brilla todo el espíritu de la doctrina hasta aquí examinada. El contrato social es la fórmula según la cual á cada individuo se le da valor en el Estado como absolutamente libre; la garantía objetiva de tal libertad está en la constitución misma del Estado en cuanto á éste se con-

ginas 219 y sigs.), señalando desde luego en el principio de la inalienabilidad de la libertad, la alta significación de la teoría de Rousseau. Más recientemente, LIEPMANN, en su notable escrito *Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau* (Berlín, 1898), ha interpretado el *Contrat social* en análogo sentido, afirmando que la absoluta sumisión de los súbditos y la total renuncia á sus derechos, sólo es una operación lógica (*«eine gedankliche Operation»*; V. ob. cit., pág. 106); lo cual coincide exactamente con lo que nosotros hemos dicho. Cons. además HAYMANN, *Jean Jacques Rousseau's Sozial philosophie* (Leipzig, 1898), § 7.

(1) *Contr. soc.*, I, 6.

cibe según la idea del contrato. Tan pronto como aquél se aparte de esta idea, ó lo que es lo mismo, no sea ya la excepción de la igual libertad de todos sus componentes, deja de ser Estado, y los individuos desatados de todo vínculo de obediencia recobran por entero su libertad natural. Por lo tanto, en tal sistema, los derechos de los ciudadanos no son el efecto de una liberalidad revocable y accidental de la autoridad del Estado, sino el fundamento y la sustancia real de esta misma autoridad. El derecho de igual libertad, mucho más que una ley, es el supuesto tácito de toda ley, la condición del Estado legítimo en general.

Rousseau pudo decir que «es contrario á la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que él no puede infringir» (1), precisamente porque en este mismo concepto de la «naturaleza del cuerpo político», tal como fué primeramente definido, se da el criterio y el límite constitucional de su actividad. «No hay ni puede haber ninguna clase de ley fundamental obligatoria para el cuerpo popular», porque en la misma determinación del acto «por el cual un pueblo es un pueblo», se contiene la norma inmanente y la condición absoluta de la validez de sus instituciones. «El poder soberano no tiene necesidad alguna de garantía para con los sujetos», porque en tanto es soberano en cuanto se mantiene y se nutre de la igual libertad de los mismos sujetos.

La deducción de los derechos esenciales de los individuos dentro del Estado no puede ser más es-

(1) *Contr. soc.*, I, 7.

trecha, ni la compenetración de éstos con el organismo político puede ser más perfecta. No la función del Estado, sino su existencia, se hace depender de que éste reconozca y cumpla aquellos derechos, y queda en absoluto excluída la posibilidad de que sea suprimido el vigor de los mismos, porque desde el momento en que sean desconocidos *como civiles*, necesariamente reaparecerán *como naturales* en la invariada plenitud de su fuerza ideal.

Lo cual no es más que una consecuencia del principio ya establecido por Rousseau, según el cual la libertad no puede separarse de la naturaleza del hombre.

CAPITULO VI

EL CONTRATO SOCIAL Y LA IDEA JURÍDICA DEL ESTADO CONCLUSIÓN

Examinada así, en sus rasgos esenciales, la teoría del *Contrat social*, y aclarado su sentido, por un lado con respecto á los principios propios de la Filosofía de Rousseau, y por otro, respecto á los anteriores sistemas contractuales, resulta, sobre todo, evidente, que sólo una interpretación contraria al espíritu y al contenido real de la doctrina, puede presentar esta misma en antítesis con la idea de una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. El nexo entre la teoría del *Contrat social* y el reconocimiento jurídico de la personalidad de los individuos en el Estado, es verdaderamente tan estrecho, que este reconocimiento constituye, como hemos visto, el apoyo sobre el cual descansa todo el sistema y la razón de su propia estructura. Cuando Jellinek dice: «Die Principien des Contrat social sind einer jeden Erklärung der Rechte feindlich. Aus ihnen folgt nicht das Recht des Einzelnen, sondern die Allmacht des rechtlich schrankenlosen Gemeinwillens» (1), dicho autor obedece evidentemente á un preconcepto del

(1) JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, cit., pág. 7.

cual ya no es difícil demostrar juntamente el origen y la falsedad.

La proposición de Rousseau, por la cual el contrato social implica «la alienación total de cada asociado con todos sus derechos á toda la comunidad», es entendida por Jellinek literalmente en el sentido de que el individuo, por el contrato social, se entrega en absoluto al poder del Estado. De este modo, la alienación significaría la pérdida de toda garantía para la persona del ciudadano, la efectiva renuncia por éste á aquellas naturales prerrogativas, á las cuales, como el mismo Rousseau ha declarado en el *Contrat social*, no es posible que el hombre renuncie (1).

Jellinek, en suma, entiende la alienación como acto empírico, como espoliación real, é interpreta la teoría de Rousseau como si fuera equivalente á la de Hobbes. Para éste, la entrada del individuo en el cuerpo político verdaderamente produce el efecto de la entrega de todo derecho en manos de la autoridad pública, la cual queda desde entonces en adelante como única árbitra de los bienes y personas de los súbditos, sin que su legitimidad pueda jamás discutirse. Pero, para Rousseau la alienación de todo derecho tiene, como hemos visto, un sentido totalmente diverso; es un puro principio regulador ó metodológico, que sólo sirve para explicar el tránsito de los derechos del hombre desde el orden natural al civil; y responde solamente á aquella exigencia de lógica jurídica, por la cual al cambiarse un título de posesión por otro, se debe

(1) V. los mencionados pasajes del *Cont. soc.*, especialmente, I, 4.

suponer anulado el primero para dar lugar á la validez del segundo. Realmente al individuo no se le priva ni por un instante de sus derechos; sólo existe una transformación respecto al modo cómo ha de ser dueño de ellos. Mientras se considera al hombre en sí mismo, prescindiendo de toda superestructura histórica ó correlación social determinada, posee ciertos derechos que, sin embargo, le pertenece á mero título natural; pero, en cuanto se le considera como parte de un cuerpo político, éste debe adjudicarle esos mismos derechos y entonces le pertenecen á título civil. De aquí surge la necesidad de suponer un acto, por el cual los derechos originarios de todos los particulares coincidan idealmente en un centro común, del cual, después, irradian de nuevo sobre los mismos individuos que adquieren, por consecuencia de esto, la cualidad jurídica de *ciudadanos*. Y de ahí resulta también la naturaleza categórica y absoluta de este acto ideal que está en sí mismo determinado por la exigencia, sentada *à priori*, de que los derechos originarios del individuo sean civilmente consagrados. Por esta exigencia precisamente se explica la cláusula de la completa, absoluta é igual renuncia de tales derechos en el orden natural; que es sencillamente la condición de su completa, absoluta é igual reconstrucción en el orden del Estado. Del postulado de la total renuncia realmente se sigue, como vemos, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y, por consiguiente, la imposibilidad de cualquiera relación de sujeción ó dependencia particular entre ellos, estando todos del mismo modo y únicamente sujetos á la determinación ob-

jetiva de la voluntad general, que es la síntesis de sus mismas libertades. La *libertad* y la *igualdad* quedan así, á causa del contrato social, como principios constitutivos de la autoridad y actividad del Estado, el cual, en definitiva, no puede faltar al supuesto de aquellos principios sin perder su cualidad de Estado.

En esta concepción puramente jurídica del Estado, se halla al mismo tiempo la sanción del derecho del particular y el criterio de la legitimidad del poder público. Cuando Jelinek dice que según Rousseau, la voluntad general está jurídicamente ilimitada, dice algo que es verdad en cierto sentido (en cuanto la voluntad general, por ser tal, siempre es legítima), pero que se presta al equívoco, porque no pone de manifiesto que *en el mismo concepto de la voluntad general*, como la ha entendido y definido Rousseau, está implícitamente indicado el límite jurídico del poder de ésta. Del requisito esencial de la *generalidad*, que se refiere tanto á la composición como al objeto del poder soberano (1), se deduce que ese mismo poder es inseparable del reconocimiento de la personalidad jurídica de cada hombre, porque aquel solo puede subsistir como producto de la igual libertad de todos los sujetos. «Violar el acto por el cual aquel existe, sería aniquilarse, y la nada, nada produce... El soberano, por el solo hecho de serlo, siempre es lo que debe ser (2)». Quien considere este lado esencial y verdaderamente característico de la teoría

(1) V. *Contr. soc.*, II, 4.

(2) *Ibid.*, I, 7.

deRousseau, no es posible que afirme, como hace Jellinek, que los principios del *Contrat social*, excluyan el derecho del individuo.

A nuestro juicio, el error inicial de Jellinek está en haber concebido los derechos individuales, sancionados en la Declaración, como algo extraño y casi opuesto al Estado. Si verdaderamente la Declaración de los derechos, como ha entendido dicho escritor, tuviera por objeto trazar una línea de perpétua separación entre el Estado y los individuos (1), resultaría difícil descubrir su enlace con la teoría del *Contrat social*. Pero esta interpretación, que hace suponer un dualismo ó hendidura en la misma base del Estado, es inexacta, como ahora veremos.

Por lo pronto, está fuera de duda que la teoría del *Contrat social*, atiende á excluir la posibilidad de un conflicto jurídico en la composición del Estado; y precisamente para evitar tal conflicto que equivaldría á una disolución del cuerpo político y para hacer que la unión entre los asociados sea «lo más perfecta posible», se pone delante, á modo de postulado, la cláusula de la preliminar alienación de todo derecho (2). Respecto á esta necesidad la composición armónica de las partes del Estado en un todo único, el ideal político de Rousseau, se

(1) «Die Erklärung der Rechte will die ewigen Scheidelinien zwischen Staat und Individuum ziehen» JELLINEK, ob. cit., pág. 7.

(2) «Haciéndose la alienación sin reservas, la unión es todo lo más perfecta posible y ningún asociado tiene que reclamar nada; pues si quedaran algunos derechos á los particulares, como no habría superior alguno que pudiera resolver entre ellos y el público, cada cual, siendo en algún punto su propio juez, pretendería pronto serlo de todos, subsistiría el estado de naturaleza y la asociación se convertiría necesariamente en tiránica ó inútil». *Cont. soc.*, I, 6.

halla de acuerdo con el clásico griego. Pero el modo de entender esta composición es profundamente diversa; porque Rousseau no funda la unidad de la vida del Estado, en la pura y simple *absorción* en éste de la vida individual, sino que, por el contrario, la concibe como una *función* determinada y compleja de la voluntad jurídica de los ciudadanos (1).

En esta trasfusión de los derechos individuales como principio orgánico al ser del Estado, se manifiesta sobre todo el progreso de la doctrina política de Rousseau respecto á las anteriores, por las cuales los derechos de los individuos quedaban siempre como un elemento no asimilado por el cuerpo político. Debido á este concepto de que los derechos esenciales de los ciudadanos son incompatibles con la autoridad plena del poder público, Hobbes creía necesarios excluirllos alejando decididamente del Estado toda garantía constitucional con respecto á los individuos. Pero en Rousseau (como ya en parte en Locke) ha tenido lugar la síntesis de los principios aparentemente contradictorios: los derechos esenciales de los individuos ya no son un elemento disolvente, ni una fuerza contraria á la autoridad del Estado, ni una barrera opuesta á ella, sino propiamente los ejes, la razón y la fuerza viva de esta misma autoridad. Es verdad que el poder jurídico del Estado es ilimitado en su propio objeto, pero está de tal modo deter-

(1) «La esencia del cuerpo político consiste en el acuerdo entre la obediencia y la libertad, y las palabras de *súbdito* y *soberano*, son correlaciones idénticas cuya idea se junta bajo la única palabra de ciudadano». *Contr. soc.*, III, 13.

minado en sus principios constitutivos, que toda afirmación suya *presupone* el cumplimiento de aquella ley, de la cual depende su propia existencia. Y esta ley no es otra cosa sino el reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos (1).

Ahora bien; esta misma es precisamente la significación esencial de la Declaración de los derechos del hombre, por lo cual se puede y debe considerar como la realización positiva de la teoría del *Contrat social*. La Declaración verdaderamente comienza afirmando que «los hombres nacen y viven *libres é iguales* en derechos» (2) y que la conservación de estos derechos es «el fin de toda asociación política» (3). Tales son precisamente las ideas que informan el sistema de Rousseau (4). Pero, el pensamiento de este autor fué también seguido por la Declaración en el punto que espe-

(1) MORLEY ha observado atinadamente que Rousseau «borrowed from Hobbes the true conception of sovereignty, and from Locke the true conception of the ultimate seat and original of authority, and of the two together he made the great image of the sovereign people». (J. MORLEY, *Rousseau*, 3 ed., London, 1886, vol. II, página 152). También SIDGWICK descubre en la doctrina de Rousseau «an original combination of the lines of thought of Hobbes and Locke» (*The development of European Polity*, cit., pág. 391). Cons. RITCHIE, *Contributions to the history of the Social Contract Theory*, en *Political Science Quarterly* vol. VI (New-York, 1891), N. 4, pág. 664; MERRIAM, *History of the theory of Sovereignty since Rousseau* (New York, 1900), pág. 33 y sigs.

(2) Art. 1 del texto de 1789.

(3) Art. 2.

(4) «If you want — dice acertadamente SIDGWICK —, «to have expressed in the form of summary resolutions the fundamental doctrines of Rousseau's *Contrat social*, you have only to read one after another the earlier clauses of this Declaration». (Ob. cit., páginas 377). Cons. además JANET, *Histoire de la science politique*, cit., t. II, págs. 457 y sigs.; BONTMY, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, etc., cit., en los *Annales des sciences politiques*, XVII, págs. 417 y sigs.

cialmente importa aquí considerar, esto es, en la determinación del nexo entre el poder público y el derecho individual. En efecto, afirma la Declaración de los derechos que «la ley es la expresión de la voluntad general» y que «todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir á su formación», el cual principio tiene su complemento en el otro de que «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y á nadie puede obligarse á hacer lo que ésta no ordena» (1). Por consiguiente, también aquí la suprema garantía de la libertad se vuelve á colocar en el concepto mismo de la ley, y se halla verdaderamente en el principio de la exclusiva soberanía de la ley misma á cuya formación *tienen derecho* de cooperar todos los ciudadanos. Los derechos esenciales de los individuos no son establecidos por la Declaración como negación de la autoridad del Estado, sino como fundamento de ella. Tales derechos, en el orden natural preexisten á la institución del poder público; el Estado no los crea, sino que los reconoce, asegura y reúne en unidad orgánica. Precisamente, gracias á tal reconocimiento de los derechos individuales, que es al mismo tiempo una confirmación y casi una regeneración objetiva, el Estado se afirma como persona y cumple la razón intrínseca de su existencia.

Por eso, la determinación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es, al mismo tiempo, la determinación de la existencia del Estado, su *constitución* en sentido estricto. Aquellos de-

(1) Arts. 5 y 6.

rechos formalmente deben considerarse como una emanación de la autoridad del Estado, si bien en algunos casos pueden hacerse valer en contra de sus órganos. Porque, en cuanto los órganos del poder público, en el ejercicio de sus funciones, están obligados á la observancia de ciertas normas jurídicas, que pueden ser contradichas por los ciudadanos, se encuentran realmente frente á *otros órganos del mismo poder*; y la limitación que aparece en tal relación entre las autoridades públicas y los ciudadanos es *intrínseca en el Estado*, no ya entre el Estado de una parte y los individuos de otra. Los derechos de los ciudadanos se fundan igualmente en la constitución jurídica del Estado; y éste no confiere derecho *contra* sí mismo, sino tan sólo *en* sí mismo. Al reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos, el Estado verdaderamente no disminuye su autoridad, sino que la *organiza*, fijando los principios por los cuales ésta se encarna en los Magistrados públicos, por un lado, y en los ciudadanos como tales, por otro, determinando así los supuestos jurídicos de la función de aquéllos con respecto á éstos. Precisamente, la esencia del Estado *jurídico* ó *constitucional* consiste en que la cualidad propia de los órganos del Estado y la validez de los actos que de él proceden están subordinados á condiciones objetivas cuya observancia pueden exigir los ciudadanos. Esto hace naturalmente necesaria una distinción entre los poderes públicos, por lo cual se asegure una garantía contra los eventuales excesos de los mismos (1).

(1) V., acerca de esto, las obras de BAHR (*Der Rechtsstaat*,

Lo dicho hasta aquí demuestra exactamente cómo se ha llegado á esta concepción mediante la idea del contrato social.

Que el gobierno tiene deberes jurídicos para con el pueblo (ya como colectividad ó ya como suma de individuos) es una doctrina que necesariamente tenía que permanecer extraña á la teoría del Estado antiguo. La unidad de la *πόλις* ó de la *civitas* tenía por fundamento la incondicionada subordinación de la vida individual á la de la comunidad; y también allí, donde existía de hecho una participación de los ciudadanos en las funciones públicas, ésta se consideraba más bien como un oficio que como un verdadero derecho (1).

En una época posterior, habiendo sobrevenido las grandes disoluciones políticas, se rompe aquella concreta unidad que es la característica del Estado antiguo. Diferentes principios de autoridad sostenidos por diversas fuerzas sociales entraron en lucha; los derechos de los gobernantes y los de

Cassel, 1864), y GNEIST DER RECHTSSTAAT, Berlín, 1872, 2. Aufl. 1879), trad. en la *Biblioteca di scienze politiche*, vol. VII (Torino, 1892). Cons. también GREEN *Lectures on the principles of political obligation* (New impr., London, 1901); ESMEIN, *Cours de droit constitutionnel français et comparé* (8 ed., Paris, 1903), p. 1; JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2 Aufl., Tübingen, 1905); ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (en la *Bibliot.*, cit., vol. V); GRASSO, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale e il rapporto fra lo Stato e il cittadino* (Génova, 1898).

(1) Cons. CONSTANT, *Della libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (trad. en la *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, Torino, 1890, págs. 454 y sigs.); LABOULAYE, *La libertà antica e la libertà moderna* (ibid., págs. 40 y sigs.). V. también LIEBER, *La libertà civile e l'autogoverno* (ibid.), cap. IV; STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., vol. III, pág. 520; JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, I, *Allgemeinen Staatslehre* (Berlín, 1900), pág. 264; GIESE, *Die Grundrechte* (Tübingen, 1905), págs. 4 y sig.

los pueblos se concibieron como términos antagónicos, y fueron objeto, además de distinciones doctrinales, de banderías políticas y de rudas contiendas. El Estado entonces no era un todo orgánicamente acabado y encerrado en una sólida unidad, sino más bien la resultante de varios elementos y de fuerzas disgregadas cuya centralización, bajo una autoridad única, era poco firme y, á veces, poco más que nominal. Las nuevas teorías políticas parten todas de la consideración de estos contrastes que de hecho existían é intentan resolverlos de algún modo determinando la relación entre el príncipe, de una parte, y el pueblo, de otra. La idea del contrato sirve para representar este carácter bilateral que sirve de contraseña al concepto germánico del Estado; la ley se concibe como la cláusula de una convención entre el príncipe y los súbditos, y, por lo tanto, como un límite de su recíproca acción, constituyendo una obligación para ambas partes (1).

Este concepto, que especialmente en la historia del Derecho público inglés tiene fundamental importancia, se refleja en las teorías políticas de los filósofos que, como hemos visto, afirmaron el principio contractual, aunque discutiendo acerca del sentido y consecuencias jurídicas del mismo. Así, la doctrina del absolutismo, no rechazando tal principio, trató de deducir de él la máxima del poder absoluto del príncipe. El sistema de Hobbes,

(1) V. JELLINEK, *Die Ertalärung*, etc., etc., págs. 30 y sigs.; *Das Recht der modernen Staates*, I, *Allgemeine Staatslehre*, cit., págs. 288 y sigs.

que es en este punto análogo al que en el continente sostuvieron Bodin y Grocio, tiende á reafirmar esta máxima que, no obstante sus vicios internos, corresponde, sin embargo, á una fundamental exigencia de todo sistema político: la exigencia de la *unidad jurídica* del Estado. Por otro lado, la tendencia liberal ó constitucional (representada, principalmente, por Althurio en Alemania y por Milton, Sidney y Locke en Inglaterra), fundaba sobre el postulado contractual los derechos del pueblo para con respecto al príncipe, y atendía á contener el poder de éste dentro de ciertos límites. La obligación en los súbditos de reconocer la autoridad del príncipe se sujetaba á determinadas condiciones que se concebían, precisamente, como la cláusula de un contrato. Tal concepto que reduce la unidad del Estado á un compromiso entre diversos elementos, como hemos indicado, respondía á la realidad histórica del Estado de tipo germánico, en el cual los derechos del príncipe se contraponían efectivamente á los derechos de los súbditos, reunidos en particulares Corporaciones (Stände) hasta cierto punto autónomas.

Pero la consolidación que se iba realizando de la autoridad del Estado sobre las más pequeñas formas de agrupaciones políticas hacía necesaria una más íntima unión, una compenetración verdaderamente orgánica de las garantías y prerrogativas del pueblo con la misma forma del régimen político (1). Era necesario que el derecho indivi-

(1) Acerca de este proceso histórico, cons. SIDGWICK, *The development of European Polity*, cit., Lect. XXII y sigs.

dual, reconocido ya como principio general, se convirtiera en la base de todo el conjunto del Estado. La doctrina del contrato social, modificando su primitiva significación, llega por fin á presentar como un acto ideal el *momento* de la fusión de la libertad con la ley, y de este modo abre camino á la moderna idea del Estado jurídico ó constitucional.

Tal es, por decirlo así, la *función histórica* de la teoría del contrato social, que en su forma más elevada, sobre todo la alcanzada por obra de Rousseau, se traduce precisamente en un sistema de Estado jurídico en el cual se realiza la fusión orgánica de los derechos individuales con el principio de la unidad del Estado. El límite, que primero se concibió como algo exterior entre el pueblo de una parte y el soberano de otra, es borrado ó más bien transformado en razón *inmanente* de la determinación jurídica del Estado en sus relaciones con los ciudadanos. Por lo tanto, la idea del contrato se convierte en una idea puramente reguladora, como la excepción de un derecho más bien que de un hecho, y esto constituye propiamente el esquema, según el cual los derechos esenciales del individuo se han de entender como concertados dentro de los límites del Estado.

Con este concepto no debe confundirse aquel otro, que es algo más estrecho, del *Rechtsstaat* kantiano, por el cual el único fin del Estado es el establecimiento y conservación del orden jurídico. *Estado de derecho*, en su moderna acepción, que responde mejor á los principios de Rousseau y de las Declaraciones de los derechos del hombre

y del ciudadano, es el Estado que obra *mediante el derecho* y que tiene en el derecho el principio y forma de su actividad (1).

En contra de la teoría del contrato social se han unido prejuicios y equívocos, dependiendo, sobre todo aquéllos, de la tendencia hasta ahora admitida, hostil al racionalismo, y éstos de haberse confundido, con demasiada frecuencia, las varias formas de la doctrina cuya íntima evolución no se ha observado suficientemente.

De todos modos, lo cierto es que, por haber tal doctrina informado las Declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, y porque los principios de éstas pasaron en gran parte á las constituciones modernas, no puede prescindir de dicha doctrina quien aspire á penetrar en el fundamento jurídico de la moderna idea del Estado.

(1) CONS. FILOMUSI GUELFÍ, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (Roma, 1887). V. además nuestro precedente estudio, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución francesa*, cap. V; y CONS. BRUGI, *Di un recente libro sulla Dichiarazione di diritto dell'uomo e del cittadino del 1789* (Padora, 1903, publicado por los *Atti e Memorie della R. Accademia di scienze, lettere ed arti*, vol. XIX.