

### 3. EL PROBLEMA FILOSÓFICO DEL ORIGEN DEL ESTADO

56. Enunciado del problema: el Estado (en general) ¿es producto de una exigencia de la naturaleza humana o creación de la libre voluntad de los individuos? . . . . . 87

#### I

57. Tesis del “contrato social” de Rousseau: el paso del estado de libertad, que es el natural del individuo, al estado de sujeción política, lógica y moralmente sólo puede provenir de un libre acuerdo entre los hombres . . . . . 88
58. Mas la libertad no es el estado natural del hombre y, por otra parte, Rousseau reconoce implícitamente que el pacto social era exigido por una necesidad de naturaleza . . . . . 89

#### II

59. Parte del elemento voluntario en la formación del Estado: la voluntad actualiza la tendencia natural y funda históricamente al Estado . . . . . 91
60. Libertad de todo individuo particular para cambiar de nacionalidad . . . . . 94

#### III

61. Tesis de Hauriou sobre el “consentimiento consuetudinario” como fundamento jurídico del Estado . . . . . 95
- Crítica de esta tesis, que no afronta la dificultad profunda . . . . . 97

verá a encontrar su enunciado al principio del capítulo consagrado al derecho individual.<sup>148</sup>

### 3. *El problema filosófico del origen del Estado*

56. Es normal que después de haber tratado de definir al Estado en sus elementos esenciales, previos y constitutivos, se investigue el origen de la institución. Es el problema de la “causa eficiente” del Estado. Pero la cuestión debe ser explicada, pues encierra un equívoco. No se trata aquí de estudiar las causas, de orden puramente fenoménico, que han engendrado los diversos Estados: esas causas son múltiples, confusas y variables. El esclarecimiento de esas causas requiere el trabajo del historiador y, desde otro punto de vista, las clasificaciones del sociólogo. Pero puede llevarse más lejos la investigación y, sin romper el contacto con la historia y la sociología, esforzarse por descubrir, bajo las causas fenoménicas, el juego de razones más profundas, capaces de explicar el nacimiento, no ya tan sólo de determinado Estado particular, sino del Estado *en general*. De manera precisa, se trata de saber si el Estado, siempre y en todas partes, encuentra su causa primera en una exigencia de la naturaleza humana, o si es el producto de la libre voluntad de los individuos. Aplicando al Estado el dilema planteado por M. Géný en lo que concierne al derecho positivo, se pregunta: ¿el Estado es *dado o construido*?<sup>149</sup> (*donné ou construit*). El problema es así de orden filosófico, y no ya de filosofía de la historia o de sociología política, sino de filosofía social.

Evidentemente, no se piensa negar la parte de la voluntad humana, del artificio y de la técnica, en la *organización*, es decir, en la estructura y el funcionamiento del Estado. En especial el Estado moderno del tipo clásico, parlamentario, es una construcción complicada, ingeniosamente equilibrada, cuya paternidad puede reivindicar la razón prudencial del hombre, ayudada por la experiencia. Pero el Estado mismo en su principio, en cuanto agrupación en vista del bien público —de un bien público que sobrepasa el de los municipios y de las ciudades— ¿era necesario, con una necesidad humana sin duda, pero querida por la naturaleza, o bien procede, no de un capricho, sino de un acto libre del hombre, que hubiese podido dejar de realizarlo sin contradecir a la naturaleza? Tal es

148 Véase *infra*, núm. 212.

149 Véase F. Géný, *Science et technique en droit privé positif*, París, 1914-1925, 4 vols.

el problema filosófico del origen del Estado, problema cuya gravedad puede ser menor que lo que a primera vista parece, pero que no ha dejado de ser discutido en las escuelas, esperando que, por obra de J. J. Rousseau, el debate sea llevado a las asambleas y hasta a la plaza pública.

## I

57. Examinemos, pues, rápidamente, la tesis de Rousseau, limitando nuestro estudio al solo *Contrato social*,<sup>150</sup> y con un espíritu objetivo, desprovisto de toda animosidad polémica.

Desde el principio de la obra<sup>151</sup> expone el autor su designio: “El hombre ha nacido libre y por todas partes está encadenado” [entiéndase que está sometido a una disciplina social]. “¿Cómo se ha operado ese cambio? Lo ignoro [entiéndase que no entra al examen de ese fenómeno]. ¿Qué es lo que puede hacerlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión”.<sup>152</sup> Así, descartando Rousseau toda consideración histórica, aun de historia hipotética, se pone a investigar el motivo que, con respecto a la razón filosófica y moral, permite explicar el paso del estado de libertad, supuesto como el estado natural de la humanidad, al estado de sujeción política.<sup>153</sup> Y cree descubrir ese motivo de legitimidad en la idea de un pacto social, cuyas cláusulas “se reducen todas a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, a la comunidad”,<sup>154</sup> mediante la compensación de una libertad *civil*, más restringida, teóricamente, que la libertad *natural*, pero más eficaz, puesto que será garantizada por la voluntad general.<sup>155</sup> Que ese pacto haya existido o no, de manera expresa o simplemente tácita, una vez más Rousseau no se preocupa de ello. Pero el convenio proporciona, a sus ojos, la condición lógicamente necesaria, moralmente justificativa del estado político, pues no podría concebirse que ningún hombre pudiese perder su libertad natural

150 No nos preocuparemos, especialmente de sus dos *Discursos*, acerca de las ciencias y las artes y el origen de la desigualdad, cuya conciliación con las tesis del *Contrato social* ofrece dificultades que, por lo demás, no parecen insolubles.

151 J. J. Rousseau, *Du contrat social*, 3a. ed., París, publicado por G. Beaulavon, 1922.

152 *Ibidem*, cap. I, p. 119.

153 Se trata, pues, de examinar, “el acto por el cual un pueblo es pueblo”, cuestión que precede a la del acto por el cual un pueblo elige su gobierno, es decir, elige a las personas que ejercerán el poder (*Contrat social*, libro I, cap. V, p. 136).

154 J. J. Rousseau, *Du contrat social*, libro I, cap. VI, p. 139.

155 *Ibidem*, libro I, cap. VI, p. 139 y cap. VIII, p. 148.

sin haber dado su consentimiento. En cambio, si ha consentido, “la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad”.<sup>156</sup> Rousseau añade que sólo un convenio es capaz de constituir un pueblo, es decir, un cuerpo moral y colectivo, dotado de personalidad, ya que, de otra manera, no se trata más que de una agregación de individuos sujetos a un amo.<sup>157</sup>

Haciendo a un lado el contenido del pacto y la fórmula encontrada por Rousseau a efecto de salvaguardar el derecho del individuo,<sup>158</sup> no tengamos por el momento más que la idea fundamental: el estado político resultaría de un *libre acuerdo* entre los hombres, no de la *naturaleza*. Lo que es natural, para Rousseau, es el *estado de libertad* (que no hay que entender, por lo demás, como un estado de salvajismo o aislamiento completo); el *estado* político, con las obligaciones que entraña y con la persona pública que supone, está necesariamente fundado sobre convenios.

58. Sin parar mientes, incluso, en el método puramente dialéctico, que puede prestarse a discusión,<sup>159</sup> este sistema admite dos críticas, una que se refiere al estado de naturaleza, la otra al pacto social.

En primer lugar, no es exacto que la naturaleza, tratándose del hombre, no conozca, fuera de la familia —“la más antigua de todas las sociedades y la única natural”—,<sup>160</sup> más que la libertad individual. Esta libertad, nos dice Rousseau, “es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación, sus primeros cuidados son los que él se debe a sí mismo; y tan pronto como se encuentra en edad de razón, siendo el solo juez de los medios propios para conservarla, se convierte por ello en dueño de sí mismo”.<sup>161</sup> Pero de que el individuo tenga que conservarse a sí mismo y de que sea juez de los medios de su propia conservación, no resulta que el individuo humano no sea solidario de sus semejantes hasta en la obra de esa conservación. Más aún, es natural al hombre no sólo conservarse, sino perfeccionarse. Pues bien, bajo todos esos puntos de vista, el individuo humano se ve compelido a buscar la sociedad de los demás individuos humanos. Entre esas sociedades necesarias figuran, además de la familia, las diferentes formas de agrupación política:

156 *Ibidem*, libro I, cap. VIII, p. 149.

157 *Ibidem*, libro I, cap. V, pp. 135 y 136; cap. VI, pp. 141 y 142.

158 *Ibidem*, libro I, cap. VI, pp. 137-142. El estudio de esta cuestión pertenece a la materia de las relaciones entre el Estado y el individuo: véase *infra*, núm. 216.

159 Véase, respecto de este punto del método, G. del Vecchio, “Des caractères fondamentaux de la philosophie politique de Rousseau”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, París, 1914, y *Justice, Droit, État*, París, 1938, pp. 255 y ss.

160 J. J. Rousseau, *op. cit.*, libro I, cap. II, p. 120.

161 *Ibidem*, p. 121. Véase también cap. IV, p. 129.

las aldeas y ciudades, primero; después, en la misma prolongación, pero sobre un plano más amplio, el Estado. De igual modo ¿por qué se han visto obligados los individuos a celebrar el pacto social, sino porque se sentían inclinados a ello por una necesidad de su naturaleza? Rousseau mismo lo deja entender, en términos vagos, por otra parte, en el pasaje en que introduce la idea del pacto social: “supongo a los hombres habiendo llegado a un punto en que los obstáculos que atentan a la conservación en el estado de naturaleza exceden a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. Entonces ese estado primitivo ya no puede subsistir; y el género humano perecería si no cambiase su manera de ser”.<sup>162</sup> De esta manera, “el género humano perecería” ¿qué quiere decir sino que los hombres no eran libres de no celebrar el contrato social? Rousseau observa, además, que “el tránsito del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, substituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían... Por más que se prive en este estado de muchas ventajas que recibe de la naturaleza, gana otras muy considerables, sus facultades se ejercitan y desarrollan, sus ideas se amplían, sus sentimientos se ennoblecen, su alma entera se eleva a tal punto que, si los abusos de esta nueva condición no lo degradasen a menudo por debajo de aquella que antes tenía, debería bendecir sin cesar el feliz instante que lo arrancó de ella para siempre y que, de un animal estúpido y limitado, le hizo un ser inteligente y un hombre”.<sup>163</sup> ¿Qué quiere ello decir sino que el individuo humano no realiza su condición de hombre, que es sin duda su estado natural, sino en la sociedad política y, en consecuencia, que ésta es natural al hombre, como medio de perfeccionamiento necesario? Si no fuese por la concepción estrecha y falsa de la idea de *naturaleza*, reducida a lo individual puro y a lo primitivo, la posición de Rousseau no está tan alejada de la de Aristóteles: ¡*Zoon Politikón*!

Sin duda que la necesidad propiamente política, consistente en el deseo de orden, de armonía, no apareció súbitamente: fue preciso, para que esa necesidad se hiciese sentir, el crecimiento y la diferenciación de las poblaciones, provocando el nacimiento de los grupos locales y, más tarde, después de un nuevo estadio, del Estado moderno. Pero no porque la sociedad política no haya nacido con el primer hombre, debe dejar de ser llamada natural: basta que responda a las exigencias de la naturaleza hu-

162 *Ibidem*, libro I, cap. VI, p. 137.

163 *Ibidem*, libro I, cap. VIII, pp. 147 y 148.

mana en ciertas condiciones de vida, que dependen del progreso de la humanidad, ya que ésta, por naturaleza, es *progresiva*, y todo lo que exprese esa tendencia al progreso debe lógicamente encontrar su lugar bajo el concepto de *naturaleza*.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que a los ojos de Rousseau, por ineluctable y bienhechor que sea el advenimiento del hombre al Estado político, este Estado no ha podido nacer legítimamente más que del consentimiento, por lo menos teórico, de los interesados, y que, en la hipótesis imposible de que se hubiesen negado a ello, el Estado político no habría encontrado ninguna justificación, ni aun en la exigencia de la naturaleza. Pero allí es donde radica el error. La voluntad del individuo no tiene derechos contra la naturaleza. Físicamente, el hombre es libre sin duda, e incluso es libre de no seguir a la naturaleza. En ese caso, huye de la humanidad y corre a su perdición, sin que ninguna libertad natural pueda legitimar esa actividad contraria a la naturaleza, pues la naturaleza no se contradice. Por el contrario, cuando la voluntad se conforma a la naturaleza, no hay fundamento para decir que sea creadora: se limita a traducir en acto una tendencia preexistente, que es la verdadera causa de la operación. Pacto si se quiere; pero pacto *necesario*, que da lugar a la constitución de una sociedad necesaria y no de una sociedad voluntaria que dependería de la pura voluntad de cada hombre constituir o no.

## II

59. ¿Quiere esto decir que la idea de un *pacto social* (que no fue inventada por Rousseau, sino que se encuentra en espíritus tan disímboles como Aristóteles, Epicuro, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Suárez, Hobbes, Grocio, Bossuet, Locke...) <sup>164</sup> esté desprovista de todo valor? No, por cierto. Se trata tan sólo de darle su verdadera importancia y, desde luego, no entenderla en un sentido demasiado estricto. He aquí, pues, cómo puede representarse la parte del *elemento voluntario* (es todo lo que precisa retener de la idea de *pacto*) en el *proceso* que conduce a la institución del Estado.

164 Véase, sobre los predecesores de Rousseau y sobre Rousseau mismo, P. L. León, “Le problème du contrat social chez Rousseau”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, cuaderno doble, núms. 3 y 4, pp. 157 y ss.

En primer lugar, existe en el hombre un instinto natural que lo impulsa, no sólo a entrar en relación con sus semejantes (sociabilidad natural del hombre), sino, de manera precisa, a formar con ellos la sociedad política.<sup>165</sup> En la historia de la humanidad, o, más exactamente, de las comunidades humanas, llega un momento en que los hombres experimentan la necesidad vaga, indeterminada, de un bien que sobrepasa su bien particular inmediato y que, al mismo tiempo, sería capaz de garantizarlo y de promoverlo. Ese bien es el bien común o público, consistente en un régimen de paz, de coordinación de esfuerzos, de ayuda mutua organizada. Por su razón, el hombre se ha dado cuenta de que el medio de realizar tal régimen es la reunión de todos en una agrupación específica que tenga como fin el bien público. Así, la causa primaria de la sociedad política yace en la naturaleza humana, a la vez perfectible y razonable,<sup>166</sup> sin contar los individuos particulares que no representarían el tipo de la especie: brutos o dioses, dice Aristóteles.<sup>167</sup>

Sin embargo, la tendencia debe transformarse en acto. Es la naturaleza la que impulsa al hombre a instituir la sociedad política; pero es la voluntad de los hombres lo que ha instituido las diversas sociedades políticas antiguas y modernas. El instinto natural no ha bastado; ha sido necesaria la “industria humana”.<sup>168</sup> Ésta ha revestido, por lo demás, formas contingentes, no sólo la forma del pacto explícito (hipótesis rara), sino también la del *consensus* implícito de la masa, la fuerza o el ascendiente de un grupo o de un jefe, o bien una negociación o un arreglo diplomático, o alguna combinación entre esos modos. La mayoría de las veces, la obra se ha constituido lentamente, con ocasión de acontecimientos diversos (por ejemplo, una invasión), gracias a colaboraciones múltiples y anónimas (por acción del hombre sobre el hombre): es el misterio de la generación de los Estados, que estudia concretamente el historiador y, de manera más sistemática, el sociólogo.

165 Para Aristóteles, el hombre es, en primer término, animal *social*, pero también animal *familiar* y animal *político*. Véase M. Defourmy, “L’Idée de l’État d’après Aristote”, *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935, t. II, pp. 83-89. Otros autores, tales como el teórico fascista Pannunzio, hablan de un “sentimiento del Estado, que constituye un dato inmediato de la conciencia”: véase M. Prélot, *L’Empire Fasciste*, París, 1936, núm. 17, pp. 72 y 73; núm. 19, pp. 80-83.

166 Comp. Santo Tomás de Aquino, *Polit.*, t. I, lect. I: *In omnibus hominibus inest quidam naturalis impetus ad communitatem civitates, sicut et ad virtutes* (como en materia de virtud).

167 Santo Tomás de Aquino traduce: idiota o solitario contemplativo.

168 Santo Tomás de Aquino, *Polit.*, I, lect. I: *Sicut virtutes adquirentur per exercitium humanum, ut dicitur in Il Libro Ethicorum, ita civitates sunt institutas humana industria*.

Se ve, pues, que si la sociedad política es natural al hombre, cada sociedad política particular procede de un acto cualquiera de *fundación*<sup>169</sup> y, por consiguiente, de la voluntad humana. Tal es la parte de verdad contenida en la idea o símbolo del contrato social: bajo una forma que no es necesariamente un contrato libre, la voluntad interviene para realizar, en concreto, una exigencia de la naturaleza. Las comunidades políticas: Francia, Alemania, Bélgica, etcétera no son creaciones de la naturaleza; son producto de la historia, y, en la medida en que la voluntad humana es factor de la historia, producto de la voluntad. Pero el Estado en general es querido por la naturaleza, por lo menos cuando se encuentran reunidas las condiciones de hecho que hacen posible y deseable esta forma superior de agrupación.<sup>170</sup>

Agreguemos que, cuando se ha fundado un Estado, no hay por qué volver sobre ese hecho adquirido para impugnar su legitimidad bajo el solo pretexto de que el acto de fundación adoleció de un vicio cualquiera del consentimiento. Sin contar con que la coacción (si no la astucia) podría ser, en cierta medida, legítima, pues los individuos no tienen el derecho, a nombre de su libertad natural, de rehusar a los demás su colaboración para constituir el Estado, hay que hacer notar que los medios ilegítimos utilizados en la fundación de un Estado determinado, no entrañan, de suyo, la ilegitimidad de ese Estado, precisamente porque, a diferencia de las asociaciones voluntarias, el Estado responde a una tendencia de la naturaleza humana. El vicio inicial se encuentra así, no justificado moralmente (el fin no justifica los medios), sino políticamente purgado por la virtud de la institución misma, que encuentra, en su conformidad con la naturaleza, la razón suficiente de su mantenimiento.<sup>171</sup> Pero como, en el orden humano, nada se funda, en el sentido de un fundamento definitivo, sobre la sola coacción, la vida de un Estado, emanada de ella, corre el peligro de ser precaria. Para que el Estado, una vez nacido, se consolide, necesita de la adhesión del pueblo. Más aún: el Estado será tanto más sólido y alcanzará tanto mejor sus fines de bien público, cuanto repose sobre un *consensus* más unánime, más consciente y más entusiasta de todos aquellos que, por un título cualquiera y con un rango cualquiera, forman parte del Estado. Si no es indispensable, para que el Estado exista y sea legítimo, que todos hayan consentido, es cierto, psicológicamente, que el Estado no forma un

169 Comp., acerca de la fundación del Estado, Hauriou, pp. 78 y ss., 252, 253, 255 y 256.

170 Comp., con las conclusiones de Schwalz, *Leçons de Philosophie Sociale*, t. II, pp. 440 y ss.

171 Comp. G. Renard, *La théorie de l'institution*, pp. 160-162.



“cuerpo moral y colectivo” sino en tanto que es *querido* y que todos comulgan en él. En otros términos, si el Estado es sociedad necesaria, debe sin embargo esforzarse por realizar el tipo voluntario.<sup>172</sup> Y ésta es quizá una de las partículas de verdad contenidas en la idea del “contrato social”: cuando el Estado no es positivamente querido, deseado y amado, cuando la masa del pueblo se limita a sufrirlo como una necesidad aun natural, Rousseau tiene razón: “es, si se quiere, una agregación, pero no una asociación; allí no hay ni bien público, ni cuerpo político”.<sup>173</sup>

60. Se habrá terminado de precisar la parte del elemento voluntario en la constitución del Estado cuando se haya hecho notar que, según la práctica moderna, los nacionales de un Estado determinado tienen siempre, en principio, el derecho de abandonarlo para hacerse naturalizar en otro Estado.<sup>174</sup> El Estado es sociedad natural para el conjunto de la humanidad llegada a un cierto grado de desarrollo, pero no tal Estado determinado para tal individuo particular. Sin duda, de ordinario, cada individuo pertenece a un Estado determinado, que es un Estado natural y que no ha escogido. Pero, por una parte, esa pertenencia es en sí puramente contingente, resultado de los azares del nacimiento; y por otra, no es tan esencial al individuo-miembro o a sus conciudadanos, que escape completamente al imperio de la voluntad individual. Hay allí un correctivo aportado al carácter no voluntario de la adquisición de nacionalidad: sin haberlo querido, el individuo está adscrito a un Estado determinado, que es el de su familia o el del suelo en que ha nacido. Pero, salvo los derechos de control, o incluso de oposición, del Estado que pretende abandonar, y salvo también el acuerdo que debe obtener del Estado cuya nacionalidad reclama, el individuo es dueño, por hoy, de su destino nacional.

Aun puede suceder que determinados individuos, por efecto de las circunstancias o por su voluntad, no pertenezcan a ningún Estado: es la hipótesis llamada de la *apatridia* o *heimatlosat*. Pero sería un error concluir de allí que la pertenencia a la sociedad política es, para cada uno, cuestión puramente voluntaria y, en consecuencia, que el Estado no es una sociedad natural y necesaria. Esos casos, desde luego, son poco numerosos, excepcionales, y por ello confirmarían más bien la regla; además, la apatridia es más jurídica que real: de hecho los apátridas forman, en cierta medida,

172 Véase, en el mismo sentido, Del Vecchio, *Philosophie du droit*, pp. 299-301.

173 J. J. Rousseau, *op. cit.*, libro I, cap. V, p. 135 y cap. VI, p. 141.

174 Véase, acerca de esta cuestión, desde el punto de vista filosófico, J. Leclercq, *Leçons de droit naturel*, II, *L'État ou la Politique*, núm. 9, pp. 42 y ss.

parte de los Estados en que viven, y si no tienen el estatuto de ciudadano, quedan sometidos a una regla social de naturaleza política.

En resumen, si se admite: 1o., que el bien público, tal como ha sido definido, constituye, para la generalidad de los miembros de la raza humana, un medio indispensable de perfeccionamiento del bien de cada uno y de todos en el orden temporal; y 2o., que entre los procedimientos de realización de ese bien público, la agrupación de los interesados en asociación constituye la solución más conforme a la naturaleza del ser humano, que es persona, dotada de razón y de libertad, será preciso concluir, lógicamente, que el Estado, que es esta asociación y que está ordenado a este fin, constituye una institución natural, independiente de la voluntad arbitraria de los hombres. En una palabra, la definición del Estado en su fin y en su forma implica la necesidad del Estado. El Estado es *necesario*, en cuanto instrumento *necesario* de realización de ese bien *necesario* que es el bien público.

No hay, por lo demás, contradicción alguna entre el concepto de asociación y el de necesidad. La asociación supone unión de esfuerzos en vista de un fin, sean cuales fueren la causa, el origen y el carácter de esta unión. Tan sólo ciertas asociaciones son libres, en el sentido de que depende de la voluntad, razonable ciertamente, de determinados hombres, el constituir las o no, mientras que otras son necesarias, en el sentido de que la voluntad de los hombres, en general o en particular, no puede razonablemente substraerse al deber de establecerlas. En los dos casos, la razón interviene, porque siempre, aun frente a lo necesario, el hombre conserva su naturaleza de ser razonable; pero, en el primer caso, la razón es libre de decidir según sus conveniencias y las circunstancias, mientras que, en el segundo, encuentra la norma de su decisión en una exigencia de la naturaleza.

### III

61. Tiene relación con estos puntos de vista, que son los de la filosofía clásica, la teoría de Hauriou sobre el “fundamento jurídico” del Estado.<sup>175</sup>

Ese fundamento, extremadamente sencillo, es, según Hauriou, el “consentimiento consuetudinario”, que puede referirse ciertamente al Estado mismo o a una institución simbólica, como la Corona, a través de la cual

175 Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., 1929, pp. 94-97.

el Estado sería, en todo caso, aceptado. Ese consentimiento es “consuetudinario”, “porque se forma en las mismas condiciones que el consentimiento a las reglas de derecho consuetudinarias. En los dos casos, se lanza un precedente en el medio social por un poder fundador. Ese precedente es la organización de una institución o bien de una decisión judicial; a continuación, se produce en el medio social un *usus communis* de la institución, como se produce uno del precedente judicial. Al cabo de un cierto tiempo, ese *usus communis* engendra la *opinio juris*, es decir, el carácter jurídico”.<sup>176</sup> Ese consentimiento consuetudinario, que se encuentra subyacente en los textos escritos, incluso constitucionales, y que es mucho menos efímero que ellos, se forma continuamente en el transcurso del tiempo, diferenciándose por ello de las formas de consentimiento que se reúnen en un acto, tales como la *vereinbarung*. “Con esta concepción, la formación histórica del Estado es también jurídica, puesto que al mismo tiempo es consuetudinaria”.<sup>177</sup>

Por exacto que sea este análisis del modo de proceder del elemento voluntario en la génesis del Estado (felizmente relacionado con la génesis de la costumbre), no nos entrega la justificación profunda del Estado. El consentimiento, aunque sea consuetudinario, es decir, duradero y continuo, puede representar a lo más, para el jurista del derecho positivo, la razón última de las instituciones y de las reglas llamadas consuetudinarias; pero por sí mismo no funda nada, pues puede ser rehusado o retirado; en todo caso, queda por saber sobre qué está fundado el consentimiento al Estado. Hauriou se da cuenta de ello y dice: “No puede hacerse a esta doctrina más que una objeción y es la de que hace descansar la existencia de los Estados sobre el consentimiento de los pueblos. ¿Pero se cree que con cualquiera otra doctrina podrían subsistir en contra de ese consentimiento?”.<sup>178</sup> La cuestión no está allí. Es muy cierto que de hecho ni los Estados particulares ni el Estado en general podrían existir o subsistir a falta del consentimiento de los pueblos. Pero la cuestión es de derecho: se trata de saber si hay razones que obliguen a los pueblos a consentir. Hauriou añade que “considerando al Estado como una institución en parte consuetudinaria, lo establecemos sobre el consentimiento con-

176 *Ibidem*, pp. 94 y 95.

177 *Ibidem*, p. 96. Además, pp. 4 y 14, nota 5, pfo. 5.

178 *Ibidem*, p. 97. Además (pp. 4 y 5), Hauriou dice en términos textuales que “esta explicación no proporciona una teoría exhaustiva del poder; es puramente práctica... De hecho, esta construcción jurídica basta para todas las necesidades”. Véase también p. 17, renglón 1.

suetudinario, que es el más resistente de todos”.<sup>179</sup> No cabe duda de ello, pero la posibilidad de que se rehuse el consentimiento no queda excluida, lo que deja el problema intacto.

Sin embargo, al final de su razonamiento, Hauriou se encamina hacia la solución: “Y después, es preciso contar con la idea de la cosa pública, que es el alma del Estado, que puede obrar sobre las inteligencias de los hombres y mantener sus voluntades. Los Estados perdurarán en tanto que los hombres comprendan todo lo que significa para el bien común la idea de la cosa pública y en tanto que crean en ella. ¿Qué más puede hacerse que obrar sobre las inteligencias y sobre las voluntades?”.<sup>180</sup> La razón profunda del Estado es, pues, en definitiva, el *bien público*, tomado como punto de partida necesario del sistema, al servicio del cual se encuentra la *idea de la cosa pública*, que es el alma del *Estado*. Y el bien público, la cosa pública y el Estado —empresa de la cosa pública— son fines y medios que se imponen independientemente de la voluntad de los hombres.

Precisa aún, dice Hauriou, que los hombres los reconozcan como tales, los comprendan y los acepten. Se responderá que su valor es independiente de este reconocimiento, que no es más que declarativo y que no se efectúa más que en razón de este valor previo. La experiencia misma lo prueba: después de tantos siglos, muchos Estados se han desplomado, y, sin embargo, el Estado nunca ha muerto, sino que se ha reconstruido siempre bajo distintas formas. No podría zozobrar sino con un retorno de la humanidad a la barbarie. ¿No es esta la mejor prueba de que más allá del *consensus*, aun siendo consuetudinario, y cualquiera que sea la voluntad actual de los hombres con respecto a una determinada sociedad política o incluso a la sociedad política en general, ésta se presenta como un hecho natural que responde a las necesidades de la vida humana que ha salido del estado de barbarie? De hecho, la experiencia misma lo enseña y la comprobación de ello está inscrita hasta en las palabras: la *civilización*, que no es más que el perfeccionamiento de la humanidad en todo el dominio de lo temporal, está ligada a la vida en la *ciudad*; ésta estimula el progreso por la creación y el mantenimiento de condiciones exteriores favorables, y, al mismo tiempo, por la disciplina que impone a los instintos, que les impide volverse contra la humanidad. Si, a veces, la política se torna corruptora, eso no es culpa suya, pues, por su esencia misma, es amiga del progreso y de la humanidad. Los responsables no pueden ser

179 *Ibidem*, p. 97.

180 *Idem*.

más que los hombres, que degradan la política, la alteran y la prostituyen para fines extraños.

De las explicaciones que anteceden resulta que el dilema planteado por Hauriou como conclusión de lo que expone, no es ineluctable: “Es preciso escoger, escribe, entre fundar el Estado sobre el consentimiento de los hombres o fundarlo sobre normas de origen trascendente”.<sup>181</sup> Hay un término medio, y es la *naturaleza del hombre*, que ha sido creada, sin duda, por Dios, pero que, tal como ha sido creada, tiene sus exigencias propias, naturales, y de ninguna manera trascendentales, ante las cuales se inclinan y deben inclinarse las voluntades humanas, dando su consentimiento para la constitución del Estado. Con toda justicia, Hauriou insiste en la forma de ese consentimiento, que no es expreso, estrictamente individual y encerrado en un límite temporal determinado, como los contratos celebrados entre los individuos particulares. Es que el Estado no es contrato, sino institución: “El vínculo del Estado es un vínculo *institucional*. Es ese consentimiento consuetudinario otorgado espontáneamente por los súbditos a las instituciones, como lo otorgan a las reglas de derecho. La fundación y la vida del Estado son jurídicas con el mismo título que la fundación y la vida de toda institución incorporada”.<sup>182</sup> Mas si, prosiguiendo la comparación, Hauriou admite que el “Estado tiene la primacía sobre las instituciones *similares*, no tan sólo por su estructura formal perfecta, sino por la actualización valiosa del orden individualista que encierra”,<sup>183</sup> comete un error quizá, al no señalar esta diferencia esencial, y lógica además si se atiende al fin del Estado, que es la de que éste es sociedad *necesaria*, postulada por las exigencias de la naturaleza humana, mientras que las “instituciones similares”, en razón de su carácter privado y en tanto que siguen siendo privadas, se mueven sobre el plano de la libertad.

181 *Ibidem*, p. 97, nota 10.

182 *Ibidem*, p. 76.

183 *Ibidem*, pp. 76 y 77.