

EL ESTADO TERRITORIAL Y EL DERECHO A NOMBRAR MAGISTRADOS

MARCO A. HUESBE LLANOS
Universidad Católica de Valparaíso

I. EL ESTADO TERRITORIAL

1. Si bien para el historiador resulta verdaderamente imposible fijar una fecha determinada respecto al origen del Estado territorial, sin embargo, no se puede discutir su existencia a fines del siglo xvi y comienzos del siglo xvii. Por otra parte es posible remontar sus orígenes al sur de la Italia medieval bajo el gobierno de Federico II de Hohenstaufen, así también no es difícil reconocer su prístina vigencia en el estado moderno prusiano de fines del siglo xviii y comienzos del xix. En consecuencia, debemos aceptar que el Estado territorial ha tenido una larga historia de aproximadamente cinco siglos. Este fenómeno de tan larga duración en la historia de Europa, afecta un vasto período que abarca gran parte de la historia del mundo moderno; sin lugar a dudas, presenta rasgos que nos permiten elaborar y estudiar principios, contenidos y hechos que pueden ser explicados bajo una óptica de unidad histórica¹. Así por ejem-

¹ Para el problema general del desarrollo del Estado Territorial (por ej. estamentos, inicios de los magistraturas) vs. la obra de BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*. (München-Wien 1942); MITTEIS en: HZ 163. 1941; También THEODOR MAYER, *Die Ausbildung der Grundlagen des Modernen Deutschen Staates im Hohen Mittelalter*, editado por HELLMUT KAMPF junto a otros artículos bajo el título *Herrschaft und Staat im Mittelalter*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. (Darmstadt. 1964). p. 284-331; también ERICH HASSINGER, *Das Werden des Neuzeitlichen Europa 1300-1600*. (Braunschweig 1959). Sin lugar a dudas J. BURCKHARDT, *La Cultura del Renacimiento*. (Barcelona 1968), en su primer libro, al definir al Estado como auténtica obra de arte (p. 88), no sólo pretende particularizar la labor de Federico II de Hohenstaufen, como gobernante, sino declara que fue el primer hombre con espíritu moderno que subió a un trono (p. 19), y sus medidas administrativas constituyen un modelo del Estado absolutista territorial de los siglos venideros con las modificaciones pertinentes. Vs. también KLAUS HEINISCH, *Kaiser Friedrich II in Briefen und Berichten seiner Zeit*. (Darmstadt 1968) p. 525 ss.

plo, si hacemos referencia al Estado territorial, desde nuestro punto de vista, el estudioso deberá tener presente, entre otros elementos, la teoría económica mercantilista, su relación con las corporaciones o gremios, y también su relación con los empresarios, tanto como la necesidad de estudiar el rol que juegan los administradores del reino, de modo que las corporaciones, gremios, empresarios y administradores puedan aunar sus actividades en forma tan particular que la actividad de la corporación, del gremio, del empresario y de los administradores, pueda ser comprendida en función de la mentalidad y de las necesidades e inquietudes surgidas en el Estado Territorial del mundo moderno. Estas son diferentes a aquellas concordancias del Estado feudal medieval, o a la enorme complicación del Estado contemporáneo, cuya base, sin embargo, es indudablemente el Estado territorial.

El Estado Territorial es el sistema político que sucede al Estado feudal. Sus principales características se presentan, más propiamente definidas, ya a fines del siglo xvi. El rasgo más importante del Estado territorial está determinado por la soberanía, que se ejerce sobre un territorio determinado. Desde el punto de vista jurídico, la soberanía o poder soberano postula la unicidad del mando y del territorio. Como consecuencia de estos postulados, comunes a los pensadores políticos y jurídicos de la época, como asimismo a los gobernantes y a la naciente pero ya próspera burguesía, se sostiene el principio de indivisibilidad del poder y del territorio. Finalmente, se pretende y se logra someter a todos los miembros del Estado territorial a una sola obediencia, sea ésta religiosa, política, jurídica o social. El Estado territorial mediante la ley ordena el gobierno de los pueblos. Aún más, procura el bien común en virtud del mandato que impone la ley natural y las atribuciones que otorga y permite el derecho natural a los gobernantes. Esta finalidad, que será teórica y prácticamente justificada por el iusnaturalismo y los hechos históricos dominantes, solamente pudo ser realidad gracias a la instauración de un aparato administrativo funcional que posibilitó el ejercicio de la ley y la fuerza del imperio en el territorio jurisdiccional respectivo. Desde una perspectiva histórica, el Estado territorial es el protagonista que posibilitó la transformación de la Europa medieval, dominada por la sociedad feudal, en una sociedad dinámica, funcional, técnicamente eficaz para satisfacer las necesidades de la Europa y del mundo extraeuropeo, a partir del siglo xvi, transformación cuyos efectos se prolongan hasta nuestros días.

Tal es el caso del Derecho a nombrar magistrados en el siglo XVI, el que queda inserto en la facultad soberana del príncipe de generar todos los cargos de competencia jurisdiccional, tanto ordinarios como extraordinarios. Además se suscita la discusión sobre la facultad que le compete al poder soberano para intervenir en la creación, nombramiento o reconocimiento de los gremios y corporaciones. Por supuesto que para proceder a discutir esta situación jurídico-política se requirió de un pensamiento también teórico que apoyara y respaldase estas medidas. El Derecho natural imperante sostiene que dentro del ámbito político, tanto el Estado como la familia tienen primacía en cuanto a su origen y existencia, pues ambas instituciones son consideradas de origen natural². Primero la familia y luego el Estado se generan *naturalmente* en función de las necesidades del hombre y de su propia naturaleza social y ordena-

² ARNISAÆUS nos entrega, en su obra *Doctrina Política in genuinam methodum quae est Aristotelis reducta*, 1606 en *Opera Política*. (Strassburg. 1648). T. 1. p. 235, una fundamentación clarísima respecto de la importancia del derecho natural para fundamentar cualquier doctrina política que tenga legitimidad; también en la dedicatoria al lector en *De Republica*. Desde la publicación de la *Doctrina Política* en 1606, la disputa acerca del derecho natural para fundamentar la relación política, por parte de los autores protestantes del siglo XVII, se convierte en el tema más debatido de la época. Primero aparece un libro publicado por el profesor Arnisaeus *Doctrinae et vitae politicae methodicum et breve systema*. (Frankfurt en el Oder. 1603). A éste le sigue, como hemos indicado, la *Doctrina Política* de Henning Arnisaeus. Un año más tarde B. KECKERMANN, *Systema disciplinae politicae*. (Hannover 1607); J. BORNITIUS, *Partitionum politicarum libri iv* (Hannover 1607). Del mismo autor *De Majestate política*. (Leipzig 1610); también *Aerarium* (Frankfurt 1612), también *De rerum sufficientia in republica et civitate procuranda*. (Frankfurt 1625); H. KIRCHNER, *Respublica*. (Marburg 1608); Z. FRIEDENREICH, *Politicorum liber* (Strassburg 1609); J. H. ALSTEDT (Alstedius), *De statu rerum publicarum* (Herborn 1612); BUSIUS, *De Republica. Libri iii*. (Franeker 1613); M. Z. BOXHORNIUS, *Institutionum politicarum libri ii* (Primera edición?) 2ª edición 1665; SCHÖNBORNER, *Politicorum libri vii* (Frankfurt 1614). También del mismo autor *De statu politico seu civili libri vi*. (Frankfurt 1617); P. H. HOENONIUS, *Disputationum politicarum liber unus*³ (Herborn 1615); M. BORNITIUS, *De natura jurium Majestatis et Regalium* (in Armaeus, I (1612) N. 2); KÖNIG, *Accies disputationum politicarum* (Jena 1619); ADAM CONTZEN S. J., *Politicorum libri x* (Mainz 1620); CLAUDIUS DE CARNIN, *Malleus tripartitus* (Antwerpen 1620); MENOCHIUS S. J., *Hieropolitica*² (Köln 1626); WERDENHAGEN (Discípulo de Arnisaeus), *Universalis introductio in omnes Respublicas* (Amsterdam 1632); C. LIEBENTHAL, *Collegium politicum* (Magdeburg 1644); DANIEL BERCKBINGER, *Institutiones politicae sive de Republica* (Utrecht 1662). Todos estos autores tienen en común la consideración del derecho natural como un *dictamen rectae rationis*. Su fuente teórica se encuentra en VITORIA, *Relationes* III N. 1-8. También SOTO, *De justitia et jure*, libri I qu. 4. art. 1; vs. también ARNISAÆUS, *Doctrina Política* Cap. 2; *De Republica* Cap 1, Sección 1 - 4. Del mismo, *De auctoritate principum in populum semper iniolabili seu quod nulla ex causa subditis fas sit contra legitimum principem arma movere: Commentatio Política opposita seditiosis quorundam scriptis, qui omnem Principum Majestatem subiciunt censurae Ephorum et populi* (1612), en *Opera Política* (Strassburg 1648) T. 2., Cap. 3.

dora, que propone como fin su conservación, desarrollo y bienestar. Para la conservación de la especie humana está la familia; para la conservación del género humano, el Estado. De este modo, el Estado se comporta como el género respecto a la especie. Ambas funciones son consideradas naturales.

2. Sin lugar a dudas que para los sostenedores del principio del Estado Territorial debió resultar extremadamente difícil explicar el derecho exclusivo, o facultad que posee el poder soberano para nombrar magistrados. Esta dificultad se acrecienta mayormente si tomamos en cuenta que, al término del Estado Feudal, la sociedad de entonces había dado origen a un gran número de instituciones de orden político, jurídico y económico, para su buen gobierno. Además la interrelación de las instituciones vigentes en el Estado Feudal hizo aún más difícil esclarecer la fuente efectiva portadora del derecho a nombrar magistrados. La teoría política que surgió del derecho feudal, no es adecuada a los procedimientos utilizados por los nacientes señoríos territoriales de los siglos xiv y xv^{2a}. En la práctica, la época necesitaba de nuevos fundamentos para ordenar las relaciones entre los hombres. El iusnaturalismo le proporciona, a los autores del siglo xvi, el instrumento teórico para fundamentar el ordenamiento social, y por consecuencia, también permite explicar, entre otras cosas, el nombramiento de los funcionarios que harán efectivo el gobierno del Estado. Especialmente los autores están interesados en conferir a la familia y al Estado como instituciones, un fundamento de origen natural. Este fundamento es tan importante para los autores que tratan sobre la política que, en todos los tratados escritos por éstos, emerge claramente definida la doctrina del derecho natural y su vinculación con el origen, desarrollo y ordenamiento de la sociedad.

Bodino incluye en su definición inicial acerca del Estado, el hecho de estar éste compuesto de familias, y considera a ésta una parte esencial de la ciencia política. Esta fundamentación se basa en el supuesto de Bodino, de que la familia es tanto un núcleo

^{2a} Es interesante consignar aquí la opinión del excelente conocedor de la historia política medieval, Carlyle: *As far as the mediaeval civilisation in the proper sense is concerned . . . we feel ourselves compelled to say that its tendency was not toward unity . . . How far this system is again to be transformed by the creation of some new organization of unity, the future alone can show.* CARLYLE, *A History of Mediaeval Political theory in the West* (New York s. d.) T. 5. 1, p. 149.

elemental de la composición del Estado, como la imagen de éste, y ambos son de origen natural³.

Si tanto la familia como el Estado son de origen natural, tienen por consiguiente, una naturaleza social que se justifica por sí misma. Las comunidades locales y los cuerpos corporativos, en cambio, no poseen una justificación de naturaleza, y su función social solamente se justifica desde un punto de vista histórico y relativo a la relación recíproca respecto de la familia y del Estado. Por esta razón, estos organismos no son portadores de derechos inviolables, sino que su función está delimitada por determinaciones de carácter regional o bien por necesidades ficticias o reales que favorecen o promueven el orden natural. Este es el caso de todas aquellas asociaciones que no pueden pretender el rango superior y total o equivalente a la *majestas civilis et indivisibilis* que controla, manda y ordena a todos los miembros pertenecientes a la sociedad natural.

De este modo, Bodino reduce al rango de actos públicos solamente los actos del Estado y los demás quedan constreñidos a la esfera de la ley privada.

La teoría de la soberanía enunciada por Bodino distingue tres tipos de articulaciones dentro del Estado: *collegium*, *corpus*, *universitas*. El *collegium* es la unión de dos o más personas del mismo status. Un *corpus* es la unión de varios *collegia*. La *universitas* es una comunidad local (*omnium familiarum, collegiorum et corporum ejusdem oppidi juris communione sociata multitudo*), mientras que a la República se le añade al rango de *universitas*, la característica superior y por su naturaleza sobre todos⁴: Este es un poder soberano, abraza con su soberanía (*imperium*) a todos los individuos y

³ La posición de la familia en la teoría política de autores alemanes, tales como Arnisaeus, es similar a la de BODINO (el Estado compuesto de familias) en *Les Six Livres de la Republique* (Paris 1577) 1, 1, 1; ARNISAEUUS sostiene que la familia es imagen del Estado (*Doctrina Política*, 1, c. 2) cuando analiza el fundamento y origen del mismo (*Doctrina Política* 2 - 5 y en *De Republica* (n. 2) I. 1 - 4). En esta posición están también DANAEUS, *Politices Christianae libri VII* (Paris 1606) 1, 3; CRÜGER, *Collegium Politicum* (disp. 2); HEIDER, *Systema philosophiae politicae* (1628), pp. 32 ss.; BORNITUS, *De Partitionum Politicarum libri IV* (n. 2), p. 38 ss.; LIEBENTHAL, *Collegium Politicum* (n. 2), disp. II-IV; OLIZAROVIVS, *De politica hominum societate* (Danzig 1651), lib. 1; y THOLOSANUS quien defiende el mismo punto de vista, pero no desarrolla ni discute la familia en detalle. CONRING, en cambio considera a la familia solamente como una *societas domestica*. Para CONRING, el Estado tiene, sin embargo, su origen en el Derecho Natural (*Dissertationes. De Republica. Opera Omnia III*, p. 763; también *De necessariis civitatis partibus, en Opera Omnia III*, p. 748 s.) El propósito de todos estos autores es conferir, solamente, a la familia y al Estado el rango de sociedad natural.

⁴ BODINO, *Republique* (n. 3) 3, 7, p. 381 ss.

todas las asociaciones. De esto se desprende que la existencia de los *collegia, corpora et universitates* depende de la concesión hecha por el Estado y están *coetus in Republica jure sociate... summi Principis beneficio et concessu, sine quibus corporum et collegiorum jus ac nomen amittunt*⁵.

En cambio, la administración doméstica es el recto gobierno de varias personas y de lo que es propio bajo la obediencia de un cabeza de familia⁶. De acuerdo a Bodino, la familia constituye la verdadera fuente y origen de todo Estado, así como su principal elemento natural. El propio Bodino señala que Aristóteles, siguiendo a Jenofonte, erróneamente ha separado la economía doméstica de la política, lo que no puede hacerse sin desmembrar la parte principal del todo. Esta afirmación de Bodino nos ha parecido sumamente importante, ya que implica una precisión por parte del autor y lo obliga a dar razones valederas para asimilar la totalidad de la comunidad base al cuerpo político del Estado. Según Bodino, separar la república de la familia es *tanto como construir una ciudad sin casas*. Por esto, precisa que sería necesario *una ciencia especial para el estudio de las corporaciones y colegios, que no son ni ciudad ni familia pero que, sin embargo, constituyen una parte de la república y son la base de sustentación y ordenamiento de la sociedad doméstica*⁷. Esto se debe al argumento que sostiene que estas corporaciones no tienen origen natural y su dependencia es estrictamente contingente y dependen absolutamente del poder soberano.

Nosotros, precisa Bodino, entendemos por administración doméstica el recto gobierno de la familia y del poder que el jefe de ésta tiene sobre los suyos y de la obediencia que le es debida⁸. El método analógico aflora inmediatamente cuando Bodino sostiene que la familia bien dirigida es la verdadera imagen de la república, y el poder doméstico es comparable al poder soberano. Sin embargo, no se debe entender exclusivamente una limitación intelectual generada por el proceso de interpretación analógica para la interpretación del objeto estudiado, ya que la proyección del pensamiento bodinoiano, en este caso, busca dar una explicación de carácter simbólico-analógico con el objeto de impulsar el modelo político por él propuesto, hacia un fin que no se sitúa solamente en el pasado ni en el presente ni en el futuro, sino que se proyecta al modo

⁵ BODINO (n. 4).

⁶ BODINO (n. 3), 1, 2, p. 8.

⁷ BODINO (n. 3), 1, 6, p. 49.

⁸ Aspectos que no son considerados por ARISTÓTELES y JENOFONTE en sus tratados. BODINO (n. 3), 1, 2, p. 8.

de una ficción con el objeto de adquirir un carácter permanente. Está ahí, y es un modelo que debe ser tomado en cuenta siempre para el gobierno de la república. La familia y el poder doméstico son comparables al poder soberano, el recto gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la república⁹.

Siguiendo el argumento de Bodino, al menos cinco personas son necesarias para dar lugar a una familia; si se precisan tres personas, dice Bodino, para formar un colegio, y otras tantas para una familia (además del cabeza de familia y su mujer), ha de haber tres familias para formar una república¹⁰. Según lo anteriormente afirmado, hemos llegado al punto desde donde fundadamente podemos avanzar una hipótesis respecto al principio de unidad del Estado territorial en el siglo xvi. Aplicando la concepción de Aristóteles, el principio de unidad es aquello que hace que algo sea lo que es en ordenación de los elementos, en consecuencia el principio de unidad territorial y humano sería la causa formal del Estado. Este grupo humano o familia se estructura y ordena, produciendo dos efectos: el orden jurídico y las autoridades que generan el Estado.

De aquí surge el poder o propiamente la política, que es la capacidad que posee el grupo humano para autogobernarse y esta capacidad se expresa en alguna forma de gobierno. Según Aristóteles la forma de gobierno es la manera como el orden jurídico establece el ejercicio del poder político. De acuerdo a Aristóteles todo grupo humano organizado requiere de un orden jurídico, lo contrario supondría el caos y la pérdida de la unidad requerida para autogobernarse. Es preciso señalar que Aristóteles, en la *Política*, no determina cuál es la mejor forma de gobierno, sino que establece objetivamente las diferencias que existen entre una y otra. No es una forma de gobierno específico la que legitima los Estados, sino que el hecho de estar compuesto de familias bajo un poder soberano y dirigido a un fin que les es común. Cualquiera que sea el gobierno que tengan.

Este pensamiento político de Aristóteles sirve eficazmente a los autores del siglo xvi, para fortalecer la legitimidad de los estados territoriales existentes en el cuadro político europeo de esa época, pues teniendo como base la familia y todo lo que le es común con poder soberano, no requieren pronunciarse en favor de una deter-

⁹ BODINO (n. 8.).

¹⁰ Por este motivo, los antiguos consideraban que quince personas constituían una polis, refiriendo el número de quince a tres familias perfectas. BODINO (n. 3), 1, 2, p. 8-9.

minada forma de gobierno. En otras palabras, la recepción de la política de Aristóteles en el siglo xvi permitió a Europa la tolerancia entre los distintos regímenes, aunque estos defendieran una fe diferente a la del resto de los estados existentes. Lo esencial es su sustentación natural y territorial.

Bodino recurre a un símil frecuentemente utilizado por la literatura política, para aplicar su noción respecto al principio formal o de unidad antes desarrollado. Este símil es el navío, y advierte que, del mismo modo *que el navío sólo es madera, sin forma de barco, cuando se le quita la quilla que sostiene los lados, la proa, la popa y el puente, así la república, sin el poder soberano que une todos los miembros y parte de ésta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república*. El poder soberano es pues el principio de unidad del Estado territorial¹¹.

Bodino en esta materia, es reiterativo, al precisar inmediatamente que, no es la villa, ni las personas las que hacen el Estado, sino la unión de un pueblo bajo un poder soberano, aunque sólo haya tres familias¹². Por lo tanto, *tres solas familias constituyen una república tan perfecta como si hubiera seis millones de personas, a condición de que uno de los jefes de familia tenga poder soberano sobre los otros dos*¹³. Si el principio de unidad es el poder soberano, debemos aceptar que el postulado aristotélico supone que sea el grupo humano la causa natural eficiente del Estado, es decir, lo que genera, lo que hace efecto, movido por su naturaleza social. La causa material, en cambio, es entonces aquello de lo que está hecho el Estado (el grupo humano más el territorio). Vistos estos argumentos aristotélicos recogidos por Bodino, resulta fácil reunir todos estos elementos, y siguiendo a Aristóteles, proporcionar los rasgos congruentes y esenciales al Estado territorial europeo del siglo xvi, con el fin de atribuir la soberanía o elemento unitario a este Estado, cualquiera que sea su origen, dimensión y densidad. Es por lo tanto, este último elemento y su marco jurisdiccional la soberanía y su poder, el rasgo esencial del Estado territorial que se consolidará a lo largo de los siglos xvi, xvii y xviii.

La sobrevivencia de este Estado y su independencia se deben naturalmente a la capacidad que tuvieron sus gobernantes de en-

¹¹ BODINO (n. 3), 1, 2, p. 9.

¹² BODINO (n. 3), 3, 7, p. 381.

¹³ BODINO (n. 3), 1, 2, p. 10.

frentar los acontecimientos históricos relativos a su existencia, pero no cabe duda que también la teoría política formulada por Bodino y sus seguidores permitió el reconocimiento de sus contemporáneos, del rol catalizador que posee el Estado. Así vemos la conjunción positiva de la teoría y la praxis. De este modo podemos presenciar el trato entre los Estados de igual a igual, en rango y dignidad, dispensado ya sea a los embajadores florentinos o a los plenipotenciarios de España, tanto en la corte francesa como en la corte imperial. Este hecho es verdaderamente revolucionario en las relaciones interestatales de la época, ya que el tamaño del territorio y la cantidad de los habitantes deja de ser significativo en las relaciones interestatales; solamente se reconoce la igualdad de derechos al príncipe y a quienes lo representan, siempre que éstos pertenezcan a un Estado cuyo territorio y habitantes sean gobernados con poder soberano.

De esto se desprende el carácter neutral del poder soberano en relación a la finalidad específica del Estado. El Estado Territorial no se atribuye para sí como elemento esencial de su existencia, propósitos como aquellas ideas que en el siglo XIX tendrán tanta importancia en el mundo político de la época, tales como nacionalidad, cultura, ideología, destino.

El Estado del siglo XVI permanece ajeno y despreocupado en relación a aquellas ideas. El propósito más definido del Estado territorial del siglo XVI, será mediante el poder soberano, lograr por todos los medios disponibles establecer el orden natural, esto es, la república bien ordenada, para el buen gobierno. Para obtener esto último, cada Estado deberá estar consciente de la necesidad imperiosa de contar con una administración adecuada al orden que se quiere establecer. Por esta razón, es necesario señalar que el propósito de dotar al Estado de los medios necesarios para un funcionamiento ordenado no debe confundirse con la mera voluntad arbitraria de un soberano, que procurando establecer el orden, intenta al mismo tiempo violentar la naturaleza del Estado en forma despótica, de tal modo que las costumbres, las tradiciones, las leyes y los hechos históricos condicionantes de la vida diaria en la época, sean alterados y desviados de su sentido natural y del buen gobierno.

3. No cabe duda, que la teoría sobre el Estado territorial de fines del siglo XVI presenta interrogantes al historiador que en caso de ser resueltos, le permiten develar los rasgos esenciales de la conduc-

ta política del hombre moderno. Los esfuerzos de los teóricos que procuran proporcionar a la sociedad un sistema político adecuado a las necesidades, son fundamentalmente determinados por el análisis de la realidad histórica dominante. Se puede afirmar que las fuentes teóricas sobre el Estado territorial, en tanto fueron escritas por juristas, reflejan por parte de éstos una verdadera labor interpretativa de la realidad. Esta producción jurídica se intensifica mayormente en la Europa Central, después de la aparición del tratado extremadamente erudito escrito por Juan Bodino, sobre la República.

Es conveniente reiterar que Juan Bodino fundamentalmente recoge y ordena elementos políticos vigentes al momento de escribir su obra. Por esta razón es preciso restarle importancia al carácter teórico de su escrito y resaltar su aspecto práctico, pues esta fuente nos permite comprender el Estado territorial en su alcance, ordenamiento institucional e imperio de todas las fuerzas necesarias para establecer el buen gobierno.

Juan Bodino define la República como *el conjunto de varias familias y de aquello que le es común con poder soberano*¹⁴. Considera que el principal atributo del poder soberano es el derecho a dictar leyes sobre un territorio determinado¹⁵. Gran parte de la obra de nuestro autor, sin embargo, se centra en lo esencial del Estado Territorial que Bodino denomina poder soberano. Para que pueda ejecutarse en una jurisdicción determinada, este poder requiere del elemento más decisivo para que funcione, esto es, el cuerpo de funcionarios que ejecutan la ley. Según el propio Bodino, *el principio que afirma que la fuerza de las leyes consiste en mandar, prohibir y castigar, se refiere más a los magistrados, que a la propia ley, la cual es muda*. El magistrado es la ley viva capaz de realizar todo esto¹⁶, es el *imperium in actu*.

II. EL DERECHO A NOMBRAR MAGISTRADOS

1. No obstante, el reconocimiento de Bodino referente al rol que juegan los magistrados en el Estado, éste debe confesar que *ni los jurisconsultos ni tratadistas políticos han definido adecuadamente, hasta la fecha, al oficial, al comisario o al magistrado, pese a ser ma-*

¹⁴ BODINO (n. 3), 1, 1, p. 1.

¹⁵ HUESBE LLANOS, *La Teoría del Poder y el Derecho a Dictar Leyes*, en REHJ. 3 (Valparaíso, 1978), p. 246-247

¹⁶ BODINO (n. 3), 3, 5, p. 349.

teria muy importante¹⁷, para el buen gobierno y, concluye categóricamente nuestro autor, estos funcionarios *son uno de los elementos principales de la república*¹⁸. Más evidente aparece la afirmación de Bodino si se observa esta situación desde la perspectiva del tiempo y a lo largo de varios siglos. El Estado antes de constituirse en una fuerza de unidad o identidad, debió pasar por una evolución previa. Esta es la etapa del ordenamiento administrativo que no es posterior a aquella que busca someter a todos bajo la obediencia de la ley. El mero derecho a dictar leyes solamente habría culminado en un ordenamiento teórico si no hubiese contado, simultáneamente, con la fuerza necesaria para ejecutar la voluntad expresada por la ley. El dinamismo que se inyecta al Estado Moderno, en el siglo xvi, proviene de la gran capacidad que tuvieron los gobernantes de esa época, para crear los cargos suficientes, y además, proveerlos de personas dispuestas a obedecer y, finalmente, grupos interesados en cumplir aquello que la ley manda, prohíbe o permite¹⁹.

No sólo Bodino considera importante el rol de los magistrados. Ya en los teóricos medievales y en los tratados jurídicos se aprecia su papel. Santo Tomás considera que los servidores del reino o ministros (ministri), son el complemento de todo régimen; pues, afirma que sin ellos ningún dominio puede subsistir ya que ellos ejercen los oficios según los grados y administran lo necesario, sea en el reino o en la república. Finalmente, señala que tales ministerios se confieren según los méritos de cada uno²⁰. No obstante, esta afirmación tan precisa respecto a la importancia de los ministros para la administración del gobierno, no sugiere ninguna clasificación ni atribuciones. La opinión de Tomás de Aquino es solamente interesante cuando señala que los ministros del reino pueden adquirir características diversas según los rasgos de los regímenes respectivos; pero, permanentemente reitera su importancia ya que estos son *sicut membra capiti*²¹, esto es, según el régimen político, así deberán ser los ministros y sus atribuciones. Los servicios prestados pueden ser gratuitos o remunerados, pero Tomás de Aquino se pronuncia en favor de la gratuidad e insiste que la virtud admi-

¹⁷ BODINO (n. 3), 3, 2, p. 206.

¹⁸ BODINO (n. 17).

¹⁹ BODINO (n. 3), 3, 5, p. 349.

²⁰ His igitur sic deductis, videndum est de ministris, quid ad regiminis sunt complementum: quia sine eis quodcumque dominium transire non potest... et (distribuantur) secundum merita cuiuscumque in ea contenti. TOMÁS DE AQUINO, *de Regimine Principum*² (Joseph Mathis curante, Turin, 1948), 2.10, p. 29.

²¹ TOMÁS DE AQUINO (n. 20), 30.

nistrativa en favor del bien común se menoscaba con el pago o retribución económica: *Propter quod hodie in Italia omnes sunt mercenarii . . . et ideo agunt sicut mercede conducti, non ad utilitatem subditorum, sed ad lucrum suum, praestituentes in mercede finem*²². El lucro generado por servicios administrativos no es bien visto por Santo Tomás, tanto en los negocios eclesiásticos como tampoco en los políticos y menos en los militares. Para Santo Tomás y su época, la relación de vasallaje y los vínculos de dependencia no pueden generar utilidad sino únicamente seguridad y reciprocidad de beneficios.

Respecto a las virtudes del príncipe y de los magistrados, para Santo Tomás, éstas deben ser las mismas e idénticas. Luego señala, que es el gobierno el que las ordena conforme a sus necesidades; de igual manera —dice Tomás de Aquino— que las demás artes toman la materia de la naturaleza. Así, agrega, es necesario para quien instituye un reino, que elija primeramente un sitio adecuado para conservar la salud de los habitantes, abundante en alimentos, agradable y seguro contra los embates del enemigo; se ha de proveer de los oficios a cada una de las personas, según su habilidad para cumplir. Estas cosas que le competen al oficio del rey para instituir un reino²³, deben ser tomadas de la semejanza con el orden armónico del universo. Advierte más adelante Santo Tomás que gobernar no es sino conducir lo gobernado al fin conveniente²⁴. Es necesario que el fin de la sociedad corresponda al de cada hombre²⁵. Más parece que el fin de una multitud congregada en una sociedad es vivir conforme a la virtud²⁶. Su cuidado debe abarcar tres aspectos: primero, el instituir las leyes que dirigirán la sociedad a una vida recta, segundo, a conservarla, y tercero, a desarrollarla²⁷. De este modo, en lo tocante a su conservación, debe el rey atender que sea la república bien administrada; para ello, el príncipe podrá nombrar a los magistrados y deberá velar por la justicia de sus actos²⁸.

No obstante lo anteriormente dicho, es preciso que para considerar a los magistrados y oficiales se defina previamente los rasgos esenciales que se supone deben poseer éstos como ciudadanos, tanto si son elegidos, designados o nominados. Para estudiar este aspecto

²² TOMÁS DE AQUINO (n. 21).

²³ TOMÁS DE AQUINO (n. 20), 1, 13, p. 16.

²⁴ TOMÁS DE AQUINO (n. 20), 14, p. 17.

²⁵ TOMÁS DE AQUINO (n. 23).

²⁶ TOMÁS DE AQUINO (n. 23).

²⁷ TOMÁS DE AQUINO 15, 18.

²⁸ TOMÁS DE AQUINO (n. 23).

es necesario remontarse un poco a la fuente misma de inspiración del siglo xvi. La fuente es Aristóteles y su garante es Tomás de Aquino. Cuando analizamos un tema semejante sobreviene la necesidad de distinguir entre el deber ser y el ser del buen ciudadano o del buen administrador o del buen gobernante en especial. En relación a la concordancia existente entre las virtudes que posee el buen hombre y el buen ciudadano, y si éstas deben ir juntas o deben ser consideradas por separado, surge el problema de la condición humana y la condición civil o ciudadana. Además siempre es evidente que toda teoría exige una concordancia en la práctica, pero no es evidente si la concordancia se da en forma permanente o sólo en relación al fin. Más pareciera que la política se orienta hacia una separación gradual y constante entre el fin y los medios necesarios empleados para conseguir los propósitos finales. El propósito de los autores es lograr que ciertos actos políticos o administrativos sean permanentes para que así podamos hablar de virtud, pues no existe virtud si no existe una disposición permanente de realizar un acto en función de un fin, sea este superior o no. Así también referente a la virtud administrativa.

2. Respecto a la virtud en general, que debe poseer un ciudadano, podemos constatar que nuevamente los autores que estudiamos se inspiran básicamente en dos fuentes: Aristóteles y Tomás de Aquino. Siendo el criterio aristotélico diferente del criterio tomista, Santo Tomás asume la postura del Filósofo respecto a la relación gobernante-gobernado, diferenciándose solamente en matices, especialmente en el énfasis que Tomás de Aquino pone en la virtud de la prudencia y la justicia, y en algo fundamental cuando se refiere al fin último y trascendente. El proceso de Reforma universaliza a Aristóteles con menoscabo de la doctrina tomista. Los autores del siglo xvi prefieren apoyarse en Aristóteles pagano antes que en el católico Santo Tomás.

Según Aristóteles el bien aparece muy diferente según los diferentes géneros de actividad y según las diferentes artes, y agrega que uno es en la medicina, otro en la estrategia y lo mismo sucede en todas las artes sin distinción; sin embargo, en toda acción, en toda determinación moral, el bien es el fin mismo que se busca, y siempre, en vista de este fin, se hace constantemente todo lo demás. No obstante lo dicho, para Aristóteles el bien supremo es una sola y única cosa que es definitiva y perfecta, y mientras más definitiva, más perfecto será el bien. De este modo, lo perfecto, lo definitivo, lo completo, es lo que es eternamente apetecible en sí. Cuando Aris-

tóteles habla de independencia no se limita, en manera alguna, al hombre que pasa una vida solitaria, puesto que el hombre es naturalmente sociable y político²⁹. La felicidad, para Aristóteles, consiste en lograr una vida aceptable, sin que tenga necesidad de ninguna otra cosa, puesto que la felicidad es, sin contradicción, el mayor de los bienes, Aristóteles sugiere que para obtener este estado es necesario conocer mejor su naturaleza³⁰.

El medio más seguro para alcanzar esta completa noción es saber cuál es la obra propia del hombre. Pero, ¿cuál puede ser esta función característica?

Para Aristóteles, el bien propio del hombre es la actividad del alma dirigida por la virtud; y si hay muchas virtudes, dirigida por la más alta y la más perfecta de todas. Añade Aristóteles que estas condiciones deben ser realizadas durante toda una vida, porque una sola golondrina no hace verano, tampoco un solo día de felicidad basta para hacer a un hombre dichoso y afortunado. Respecto a la justicia, por ejemplo, será justo solamente aquel que permanentemente tiene la voluntad de dar a cada uno lo suyo³¹. Puesto que la felicidad, dice Aristóteles, es ciertamente la actividad del alma dirigida por la virtud, sugiere que debemos estudiar la virtud ya que así se tiene a mano un medio rápido de comprender mejor la felicidad misma³².

La virtud, según nuestro autor, parece ser antes que nada el objeto de los trabajos del verdadero político, puesto que lo que éste quiere es hacer a los ciudadanos virtuosos y obedientes a las leyes. Esto es lo que Aristóteles denomina la virtud humana³³. Una consecuencia evidente de esto es que el hombre de Estado, el político, debe conocer hasta cierto punto las cosas del alma, a la manera que el médico que tiene que curar los ojos debe conocer igualmente la organización del cuerpo entero. El hombre de Estado, señala Aristóteles, debe imponerse de este estudio tanto más cuanto que la política es una ciencia mucho más elevada y mucho más útil que la medicina³⁴.

Finalmente, precisa Aristóteles que los hombres se hacen y son virtuosos, ya por naturaleza, ya por hábitos, ya mediante la educa-

²⁹ ARISTÓTELES, *Política* (trad. J. Marías, Madrid, 1956), 1.2, p. 3 s.

³⁰ ARISTÓTELES (n. 29), 4.1-3, p. 109-116, tb. 4.13, p. 134-136.

³¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (Espasa-Calpe, trad. Azcárate, Madrid, 1972), 1.4.

³² ARISTÓTELES (n. 31).

³³ ARISTÓTELES (n. 31), 1, 11.

³⁴ ARISTÓTELES (n. 33).

ción. Así, la primera condición es que el corazón se incline naturalmente hacia la virtud amando lo bello y detestando lo feo, pero es muy difícil que se pueda dirigir convenientemente hacia la virtud a un hombre desde la infancia, si no es educado bajo la égida de las buenas leyes ³⁵.

De acuerdo a lo anteriormente dicho, es preciso que la ley siga al hombre durante toda su existencia. Únicamente la ley posee una fuerza coercitiva igual a la de la necesidad, porque es hasta cierto punto la expresión de la sabiduría ³⁶. Pero, las leyes son la obra y el resultado de la política, por lo tanto, propone Aristóteles el estudio a fondo de la política para que se pueda alcanzar la filosofía de las cosas humanas ³⁷.

Aristóteles se pregunta si es posible que coincidan en alguien la virtud del buen ciudadano y la del hombre bueno, a continuación precisa que el gobernante recto debe ser bueno y prudente, en cambio, el político solamente tiene que ser prudente ³⁸. Si entendemos la virtud como el conjunto de cualidades que dan al hombre o a los demás seres su valor físico y moral o, mejor aún, como el carácter distintivo del hombre que constituye la índole propia de su ser, pudiendo ser considerada como una cuasi naturaleza o mérito esencial para obrar o ejecutar cualquier actividad, debemos reconocer que *la virtud podría ser entendida como aquella disposición constante del ánimo a proceder de acuerdo con la ley moral*. Ahora bien, de acuerdo a lo anteriormente señalado, la virtud no puede ser correctamente definida si no está relacionada con un obrar o actividad determinada del hombre. Así debiera quedar en claro que la virtud que a nosotros nos interesa se refiere precisamente al gobernante y al gobernado.

Aristóteles define la virtud del ciudadano y declara que la virtud del ciudadano digno parece consistir en ser capaz tanto de mandar como de obedecer bien ³⁹. Mando y obediencia son los méritos que corresponden respectivamente al gobernante y al gobernado. La virtud del hombre bueno, en cambio, *tendrá formas distintas según las cuales gobernará o será gobernado* ⁴⁰. Para Aristóteles, *la virtud del ciudadano ha de referirse necesariamente al régimen* ⁴¹. Es evidente

³⁵ ARISTÓTELES (n. 29), 4.13, p. 136.

³⁶ ARISTÓTELES (n. 31), 10, 10.

³⁷ ARISTÓTELES (n. 36).

³⁸ ARISTÓTELES (n. 29), 3, 4, p. 73s.

³⁹ ARISTÓTELES (n. 29), 3, 4, p. 75.

⁴⁰ ARISTÓTELES (n. 39).

⁴¹ ARISTÓTELES (n. 29), 3, 4, p. 73.

que *no puede haber una virtud perfecta única del buen ciudadano* ⁴², dice Aristóteles, sino que propone diversas posibilidades como tantas sean las formas de gobierno que el hombre se dio y puede darse en la historia. Esta afirmación de Aristóteles permite la legitimación de todos los regímenes, pero más importante aún es su consecuencia: el buen ciudadano debe obediencia, cualquiera que sea la forma de ser gobernado, aun en el caso del tirano. Aristóteles llega a tal grado de tolerancia política que, al tratar al tirano, propone una serie de medidas para que, aún éste, pueda conservar su poder sin menoscabo de la obediencia que deben prestarle los súbditos.

En el libro séptimo de la edición consultada, de la *Política* de Aristóteles ⁴³, podemos apreciar nítidamente la coincidencia de opiniones que posteriormente vertirá Maquiavelo en su tratado *El príncipe* en las normas señaladas por Aristóteles respecto a la prudencia del tirano.

Según Aristóteles, buscar el poder por todos los medios, no sólo justos, sino inicuos, es trastornar todas las leyes, porque el mismo triunfo puede no ser justo ⁴⁴; agrega más adelante que *todos convienen en que lo que debe buscarse esencialmente en la vida es la virtud, y que el que ha comenzado por violar las leyes de la virtud jamás podrá hacer tanto bien como mal ha hecho primeramente* ⁴⁵. La Historia nos enseña que los medios que los hombres utilizan para alcanzar el poder, son en muchas circunstancias inicuos. Cuando Aristóteles reconoce que la virtud ciudadana puede ser distinta de la del hombre privado ⁴⁶, admite una realidad histórica y, por lo tanto, deja ver su acentuado historicismo cuando interpreta los distintos regímenes políticos. Por esta razón, Aristóteles idealiza como modelo a aquel magistrado que reúne en sí la doble virtud del buen ciudadano y del hombre bueno, si bien sostiene que la fuerza de la realidad imperante es más evidente que sus postulados morales y políticos.

Su pragmatismo lo lleva a justificar, por ejemplo, la tiranía como forma legítima de gobierno, elegida por el pueblo, y en la que es ejercido el poder en forma despótica. Como aspecto esencial de esta forma de gobierno, precisa Aristóteles que el tirano debe tener siempre la fuerza necesaria para gobernar, no sólo con el asenti-

⁴² ARISTÓTELES (n. 41).

⁴³ ARISTÓTELES (n. 29), 7.8, pp. 223-227.

⁴⁴ ARISTÓTELES (n. 29), 4, 2, p. 113.

⁴⁵ ARISTÓTELES (n. 29), 4, 3.

⁴⁶ ARISTÓTELES (n. 29), 2, 3.

miento público, sino a pesar de la voluntad de los demás. El segundo rasgo de la tiranía establecido por Aristóteles como necesario para la conservación del poder es un factor esencialmente inmoral: el soberano involucrado en criterios éticos está obligado a aparentar que se ocupa del interés público y que los recursos que recibe de sus súbditos los emplea en beneficio de todos y no para incrementar su fortuna personal. Un tercer rasgo sería no inspirar temor y permanecer cerca de los súbditos. Debe también guardarse de insultar a la juventud y a las mujeres, pues Aristóteles advierte que las querellas femeninas han perdido a más de algún tirano. Deberá procurar, con el mayor esmero, de dar pruebas de una piedad ejemplar, ya que el pueblo no temerá tanto sus injusticias si se convence, por sus demostraciones externas, del profundo espíritu religioso que lo anima⁴⁷.

Este gobierno debe guardar la apariencia de virtuoso aunque sea vicioso, si pretende conservar el poder⁴⁸. Finalmente, Aristóteles hace referencia a las tiranías propiamente tales, que sin responsabilidad alguna y sólo en interés del señor, gobierna a súbditos que valen tanto o más que él sin consultar para nada los intereses particulares de los mismos. Este es gobierno de violencia, porque no hay corazón libre que sufra con paciencia una autoridad semejante⁴⁹.

Aun esta última forma de gobierno es pragmáticamente reconocida como realidad histórica por Aristóteles, pero él no da consejo alguno para conservar el poder, puesto que en este caso estima el Filósofo que la violencia aleja al hombre de su propia condición social. No obstante, reconoce que la violencia existe y es una constante histórica⁵⁰.

3. Puesto que no es posible hablar de una virtud política precisa y determinada, según Aristóteles conviene preguntarse qué virtud

⁴⁷ ARISTÓTELES (n. 29), 8, 9.

⁴⁸ La capacidad de simulación del soberano es elevada a la categoría de receta política por MAQUIAVELLO, *El Príncipe* (trad. Arocena, Madrid, 1955), cap. 15. La disimulación, crueldad, avaricia, inconstancia y otras virtudes del príncipe, las definimos como *prudencia política* maquiavélica, la que consiste en evitar todos aquellos vicios que acarrear la pérdida del poder; su cabal y oportuna utilización conlleva a la virtud técnica, neutral y ajena a toda vinculación moral. Vs. HUESBE LLANOS, *La virtud teológica, técnica, jurídica y confesional en el siglo XVI*, en *REHJ*. 4 (Valparaíso, 1979), pp. 168-171 s.

⁴⁹ ARISTÓTELES (n. 29), 8, 9.

⁵⁰ La política como elemento político es recogida teóricamente por Thomas Hobbes, en el *Leviathan*. Maquiavelo y Hobbes se ubican respectivamente en una línea ascendente respecto a las inmensas posibilidades, aparentemente lícitas, generadas de un poder alejado de la moral (Maquiavelo) y bajo el alero del agnosticismo (Hobbes).

es adecuada al magistrado. En primer lugar, todos los autores responderán que la primera virtud propia del magistrado es la *obediencia* a los mandatos dados por el superior, al igual que todos los súbditos. Así Bodino resume en el libro primero, capítulo sexto, que *la nota característica de la ciudadanía es la obediencia y reconocimiento del súbdito libre hacia un príncipe soberano; y la tutela, justicia y defensa del príncipe hacia el súbdito*⁵¹, pues el *souverain bien d'un particulier et de la Republique n'est qu'un*⁵².

Aun cuando todos los autores están de acuerdo en considerar la obediencia como la virtud esencial del magistrado, no todos lo están respecto a la participación por medio del sufragio. Los teóricos políticos se preguntan si todos los súbditos del monarca están en condiciones de ser magistrados. Mejor dicho, si hay una relación directa entre el derecho a sufragio o participación y la magistratura. De acuerdo a Aristóteles, *el ciudadano aun más que nada se define mejor por participar en la administración de justicia y en el gobierno ... damos por sentado, pues, que los que participan en ella son ciudadanos*⁵³ y precisa que la definición de ciudadano que mejor se adapta a todos los llamados así viene a ser ésta⁵⁴. Pues a todos los magistrados se les concede la facultad de deliberar sobre todas las cuestiones o algunas. Con esto resulta claro cuál es el ciudadano: *llamamos, en efecto, ciudadano al que tiene derecho a participar en la función deliberativa o judicial de la polis*⁵⁵. Bodino en cambio declara que es sumo error de Aristóteles afirmar que sólo es ciudadano quien tiene acceso a la magistraturas y voz deliberante en las asambleas del pueblo⁵⁶.

⁵¹ BODINO (n. 3), 1.6, p. 67; Dado que el magistrado es, después del soberano, la persona principal de la República, a quien el soberano confía la autoridad, la fuerza y el poder de mando, será oportuno, antes de seguir adelante, tratar brevemente de la obediencia que debe al príncipe soberano, ya que éste constituye su primer deber. Existe una notable diferencia entre el príncipe soberano, los magistrados y los particulares. En tanto que el soberano no conoce mayor ni igual a él y todos los súbditos están bajo su poder, el particular no tiene súbditos sobre quien ejercer poder público de mando. En cambio, el magistrado contiene en sí diversas personas y, frecuentemente, cambia de calidad, de porte, de semblante y de manera de proceder. Para cumplir con su cargo, debe saber obedecer al soberano, someterse al poder de los magistrados superiores, honrar a sus iguales, mandar a los súbditos, defender a los débiles, oponerse a los fuertes y hacer justicia a todos. BODINO, (n. 3), 3.4, p. 333, cf. (n. 15) * p. 233 para citas de Bodino en español.

⁵² BODINO (n. 3).

⁵³ ARISTÓTELES (n. 29), 3.1 y 4 (1275 a), p. 68.

⁵⁴ ARISTÓTELES (n. 29), 1275 a.

⁵⁵ ARISTÓTELES (n. 53), p. 69.

⁵⁶ Mais la faute est bien plus grande de dire qu'il n'est pas citoyen, qui n'a part aux magistrats, et voi deliberative aux estats du peuple, soit pour iuger, soit pour affaires d'etat. C'est la definition du citoyen qui Aristote, nous a laissée par escript. BODINO (n. 3), 1.6, p. 56.

Ni el carácter popular del gobierno, ni la condición de privilegio, ni el ser portador de armas, hacen al súbdito más ciudadano, sino la obligación mutua que se establece entre el soberano y el súbdito⁵⁷. La obligación mutua establece el tipo de magistrado o ciudadano que existirá de acuerdo a la forma de gobierno que regirá estas relaciones^{57a}. De este modo, no se generan funciones y nombres según la nominación que un autor o un príncipe o un grupo desee darle, sino conforme a la tradición y necesidades que cada régimen genera. Así, indica Bodino, *puede ocurrir, con arreglo al derecho que unos ciudadanos estén exentos de todas las cargas, contribuciones o impuestos a las que están sometidos los demás*; este es el caso de Francia, precisa nuestro autor⁵⁸, respecto a lo cual tenemos una infinidad de ejemplos en nuestras leyes⁵⁹. En otros lugares los ciudadanos se dividen en tres estamentos: el eclesiástico, la nobleza y el popular, distinción que se observa en casi toda Europa⁶⁰. En Venecia, en cambio, se clasifican en gentilhombres, ciudadanos y plebe. Esto prueba, según Bodino, que no existió ninguna república donde todos los ciudadanos fuesen iguales en todos los derechos y prerrogativas⁶¹.

Para Henning Arnisaeus, ciudadano no es aquel que está más sometido, sino aquel que participa mayormente en el gobierno de la ciudad⁶². En este caso se retorna al criterio aristotélico, asignán-

⁵⁷ BODINO (n. 3), I.6, p. 61.

^{57a} Para saber cuál es la obediencia debida por el magistrado al soberano, es necesario saber de qué especie es el mandato del soberano. Los mandatos del príncipe son de diversas clases. Unos constituyen edictos y leyes perpetuos, dirigidos a todas las personas, cualquiera que sea su calidad y condición; otros van dirigidos a ciertas personas y por tiempo determinado, a título provisorio; unos contienen privilegios de exención en favor de una sola persona o de un grupo, o algún beneficio no contrario a la ley; otros conllevan recompensa para los buenos y pena para los malos; unos atribuyen oficio o comisión; otros interpretan algún edicto o privilegio anterior; unos son dados para declarar la guerra, anunciar la paz, reclutar soldados u organizar la intendencia; otros establecen ayudas, subsidios, nuevos impuestos o empréstitos; unos nombran embajadas para que asistan a las celebraciones o duelos de los príncipes extranjeros o para que traten matrimonios, alianzas u otros asuntos semejantes; otros ordenan construir y fortificar las fortalezas o reparar los puentes, caminos, puertos y pasos; finalmente, otros edictos son dados para la resolución de pleitos o la ejecución de mandatos, o para validar letras de justicia, o restituir los bienes de los menores, de los mayores y de los condenados, o para amnistía general o particular, o remisión, o letras de perdón. Vs. BODINO (n. 3), 3.4, p. 334.

⁵⁸ BODINO (n. 57), p. 71.

⁵⁹ BODINO (n. 58).

⁶⁰ BODINO (n. 3), I.6, p. 72.

⁶¹ BODINO (n. 60).

⁶² HUESBE LLANOS, *La recepción del pensamiento político-jurídico de Juan Bodino en autores alemanes de comienzos del siglo XVII*, en REHJ. 2 (Valparaíso, 1977), p. 200 ss.

dole el carácter de ciudadano solamente a aquellos individuos que por medio del sufragio ejercen su voluntad en la sociedad. Magistrados y ciudadanos parecen identificarse: *Sit igitur civis: socius multitudinis, qui particeps est suffragiorum et juris de republica statuendi*⁶³. De acuerdo a esta definición, el ciudadano confluye tanto en el acto electivo como en la generación de los derechos de la majestad, al modo de constituyente. Además, en su condición de magistrado sólo a él le compete decidir los asuntos que el soberano le encomienda. Sin embargo, esto ocurre más por su excelencia que por su condición de ciudadano. Aun cuando en la mayoría de los casos, los ciudadanos son al mismo tiempo magistrados, no acepta Arnisaeus por válida y aceptada la doctrina de Aristóteles respecto a la estrecha relación existente entre el magistrado y el ciudadano. La participación del ciudadano en la magistratura y en forma electiva en lo político, es una característica acentuada del Sacro Imperio Germánico. No así en el resto de los estados europeos del siglo XVI⁶⁴.

Volviendo a la definición anterior de Henning Arnisaeus, lo más novedoso de ella es su carácter constituyente y generador de los derechos de la majestad. Su sustentación por medio de las funciones que ejercen los magistrados y la generación de instituciones se desprenden de los derechos. Así del derecho a nombrar magistrados tenemos el advenimiento de la burocracia, pero también el carácter totalitario⁶⁵ del derecho cuando el poder soberano genera la suma de los cargos que existen en la república a partir de la voluntad de una sola persona. Para todos los autores queda claro que el príncipe ha recibido la totalidad del poder originario de la comunidad, lo que le faculta para distribuirlo conforme a las necesidades de la república. Por otra parte, tales poderes no pueden considerarse de absoluto dominio, como sería en el caso de la república, pues ésta los tiene *propter se ipsam*, el rey los tiene sólo *propter rempublicam*⁶⁵. Luego, el príncipe sólo puede dispensar los cargos *propter utilitatem reipublicae* y no debe concederlos para favorecerse a sí mismo.

De todo esto se desprende que el príncipe solamente puede hacer concesiones que no lesionen la majestad de la soberanía, ya que todo aquello que fuese concedido en perjuicio de la república va también en perjuicio de la comunidad. Siendo el fin de la ordena-

⁶³ ARNISAEUUS, *De Republica seu relectionis politicae libri duo*, en *Opera Omnia* (Strassburg, 1648), 1.5, sec. 5, n. 30, p. 227.

⁶⁴ ARNISAEUUS (n. 63), p. 227 ss.

⁶⁵ Entendido como totalidad y no de acuerdo a la acepción política contemporánea de totalitarismo.

⁶⁶ GARCÍA MARÍN, *La Burocracia Castellana bajo los Austrias* (Sevilla, 1976), p. 25s.

ción política el buen gobierno de la comunidad, el príncipe no puede resolver en contra de ella. Al príncipe debe quedar muy en claro que parte de su jurisdicción cederá en beneficio del buen gobierno sin que la soberanía (*propter rempublicam*) se perjudique creando un fraccionamiento de la *majestas una et indivisibilis*. Las funciones que debe cumplir el magistrado serán legales y legítimas siempre que no perjudiquen la buena marcha, armonía y equilibrio del poder soberano. El funcionario no debe amenazar la estabilidad de la república. Siendo el príncipe el celador, guardián y responsable de la *utilitas reipublicae*, deberá también el magistrado impregnarse de todas las virtudes del príncipe. La diferencia no estaría en el grado de responsabilidad, sino en la sanción de la cual es acreedor el responsable de actos contrarios a la república. El príncipe, teóricamente, estaría en entredicho si atenta contra actos naturales de la vida política, como la constitución y orden de la familia o del Estado. En este último caso, su castigo derivaría de la disolución del Estado y pérdida del poder soberano. Respecto a la cautela de la familia, sólo en tanto que la desintegración de la vida familiar genera la ruina del Estado. El magistrado, en cambio, sufre todo el peso de la ley, debiendo asumir la responsabilidad con su patrimonio en caso de pérdidas materiales compensables, o con la pena de privación de su libertad o con su vida, si su responsabilidad se refiere a actos que originan un daño en contra de la naturaleza política o religiosa del Estado. En todo caso es evidente que el magistrado está siempre sometido al derecho procesal, manifestación de la soberanía, cuando vulnera los bienes públicos o no cumple con sus funciones debidamente, pudiendo en este caso solamente apelar al derecho que posee el soberano de perdonar en última instancia según su real placer⁶⁷.

Otra virtud interesante es la residencia o localización de la función de los oficios o magistrados en un punto determinado⁶⁸. Así

⁶⁷ Los juristas, desde el siglo XVI en adelante, denominan a esta facultad del soberano como *ius de extrema provocatione*; vs. HUESBE LLANOS, *Untersuchungen zum Einfluss der Schule von Salamanca auf das lutherische Staatsdenken im 17. Jahrhundert*. (Mainz, 1965), p. 138 ss.

⁶⁸ *Das wechselnde Hoflager verwandelt sich dabei in eine feste Residenz, und in dieser entsteht der staatliche Machtapparat*. H. O. MEISNER, *Staats- und Regierungsform in Deutschland seit dem 16. Jahrhundert*² (Darmstadt, 1967), p. 227. Meisner considera que la camaralística alemana habría originado no sólo la burocracia (p. 231), sino también precisa que del dualismo administración-corte surge la democracia política prusiana-alemana de nuestro tiempo, especialmente desarrollada en Prusia y en todos los restantes estados territoriales. Vs. también OTTO GIERKE, *Das Genossenschaftsrecht* (4 T de 1868-1913), 1, p. 535 s., también GEHARD OESTREICH, *Das persönliche Regiment der deutschen Fürsten am Beginn der Neuzeit*, en *Die Welt als Geschichte* (1935), 1.

como el príncipe establece un centro político, también los funcionarios gravitan en torno al centro establecido por el soberano. Puesto que el eje se establece en un lugar geográfico convenientemente escogido, como Madrid, Berlín y Copenhague o históricamente establecido como Roma, París y Londres, debemos aceptar que la radiación política adquiere una particular distribución de funciones. Todas ellas desprendidas del centro, pero fuertemente atadas al poder central, que analógicamente genera microinstituciones como intendencias, gobernaciones, municipios o capitanías generales, presidencias o virreynatos que, en conjunto, procuran administrar totalmente el poder. Este poder es transferido también en forma secundaria, precaria y delegada, y queda sobrepuesto jerárquicamente, constituyendo una parte del todo de la burocracia de este período.

La investigación actual ha podido probar la existencia de una Cámara de Gobierno (*Kammerregierung*) en las residencias principescas alemanas, y no como excepción debido a la fuerte personalidad de algunos señores, sino como una regla. El consejo privado surge como una prolongación de la cámara de trabajo del príncipe y gradualmente se convierte en *collegium* ordinario que funciona con regularidad, el cual interviene en los asuntos de carácter político externo como en relación a la administración general del territorio. Este sistema político centrado en la Residencia es válido para todos los territorios alemanes entre 1574 a 1628. Esta es una victoria política de la burocracia⁶⁹. También surgió un modo preciso de operar por parte de los consejeros, lo que se desplaza hacia una forma jurídica, estableciendo un orden de los negocios con preguntas precisas y votos que resuelven por mayoría. A este proceso se agrega la elaboración aún más precisa de un protocolo que determina el procedimiento⁷⁰.

III. TIPOS DE MAGISTRATURAS

Los autores están de acuerdo en concederle a las magistraturas en general virtudes que las hacen semejantes entre sí. Las peculiaridades o rasgos que presentan las magistraturas y los oficios, en cambio, permiten diversificar los tipos de magistrados u oficiales existentes. Estas peculiaridades son sustancialmente tres: mando,

⁶⁹ MEISNER (n. 68), p. 231.

⁷⁰ H. NUTH, *Der Staadt als Anstalt*, en *Reich, Volksordnung, Lebensraum* 3 (1943), p. 191 s.

duración y carácter ordinario. El magistrado que posee estos tres rasgos podríamos considerarlo como el funcionario prototipo dentro del esquema burocrático del naciente mundo moderno. Sin embargo, históricamente el desarrollo de la burocracia no es definido y menos sistemático. De este modo en el Estado territorial sobreviven las diversas formas administrativas que se generan en la época greco-romana; tal es el caso de la colegialidad institucionalizada en el Senado, junto con aquellas vigentes durante el mundo cristiano feudal, tales como privilegios o señoríos o bien cargos eclesiásticos temporales. A esto se añade la variedad de los oficios y cargos que se generan por efecto de la centralización del poder o cortesanos que pululan en torno al monarca, más aquellas funciones que exigen las necesidades generadas de la obediencia, participación, institucionalización de derechos soberanos, utilidad pública, protocolo o cancillería, procedimiento y apelaciones.

Debemos reconocer que resulta sumamente complejo clasificar los tipos de magistraturas. No obstante la patristica del estado moderno admite una división general que se basa en dos tipos. En primer lugar se considera el Senado y Consejos de Estado. Luego los oficiales, los comisarios⁷¹, y las corporaciones⁷², y finalmente los

⁷¹ Los comisarios son cargos extraordinarios que subsisten paralelamente a la administración permanente. Por su importancia deben ser tratados en un estudio separado. Bodino recoge con gran acierto la descripción de sus características y significado. No pueden ser considerados oficios, los cuales son ordinarios y perpetuos. BODINO (n. 3), 3.2, p. 308. Respecto a su naturaleza indica precisamente su carácter precario y dependiente absolutamente de la voluntad soberana. Además, la naturaleza de las comisiones es tal que sus condiciones de tiempo, lugar y función pueden revocarse en cualquier momento. Generalmente, no se limita tanto el tiempo en las monarquías como en los estados populares y aristocráticos; en éstos es mayor el temor de que la comisión con gran poder signifique una opresión de la libertad. Así sucedió con los diez comisarios designados por el pueblo romano para restaurar las costumbres antiguas; expirada su comisión al cabo de un año, fue prorrogada por el pueblo con poder absoluto, quedando suspendidos todos los magistrados durante la comisión, lo que les dio ocasión para usurpar el Estado. Para que se entienda mejor la diferencia entre el oficio y la comisión, se podría decir que el oficio es como una cosa prestada que el propietario no puede reclamar hasta que expire el plazo convenido, en tanto que la comisión es como una cosa que se tiene por tolerancia de otro y en precario, pudiéndola reclamar el dueño cuando a bien lo tenga. *La comisión es de tal naturaleza que expira en el momento en que el cargo se ejecuta, aunque no sea revocada o fuese de mayor duración que la ejecución y, en todo caso, puede ser revocada cuantas veces quiera quien la dio, se haya o no cumplido la comisión.* BODINO (n. 3), 3.2, p. 309 s. Nuestro autor los clasifica según quién designe la comisión propuesta. Para esclarecer brevemente las diversas clases de comisarios —sea para el gobierno de las provincias, para la guerra, para la justicia, para la hacienda, o para cualquier otra materia que atañese al Estado—, *debemos señalar que las comisiones emanan del príncipe soberano, de los magistrados o de los propios comisarios designados por el soberano.* Los comisarios se designan entre los oficiales o los particulares. La comisión conferida a los oficiales les puede ser

gremios y universidades⁷³. De estos últimos, es el oficial principalmente importante para el establecimiento institucional de la administración del Estado moderno.

1. *El Senado y los Consejos*

1. Respecto al senado o asamblea no se discute el derecho que posee el poder soberano a nombrar magistrados. Sin embargo, los argu-

atribuida en virtud de su oficio, o no. En cualquier caso, tanto si se trata de un oficial como de un particular, la comisión se otorga: para conocer de una causa sin apelación, o reservando la apelación al príncipe soberano —si la comisión emana de él— o a los magistrados nombrados en la comisión; por delegación de la persona designada por el soberano —lo que se permite en ocasiones en la comisión—, para la instrucción de las causas o procesos, hasta sentencias definitiva, exclusiva o inclusivamente, salvo la ejecución si hay apelación; *por los magistrados, para conocer de hecho o de derecho, o ambas cosas a la vez, con o sin poder de mando. Esta clasificación es aplicable a los comisarios de cualquier clase de República.* BODINO (n. 3), 3.2, p. 312. De lo expuesto se deduce que los comisarios designados por el soberano —sean magistrados o particulares—, pueden comisionar a su vez a otros, salvo si se prohíbe expresamente en la comisión, o se trata de negocios de Estado. BODINO (n. 3), 3.2, p. 313 s. La comisión cesa cuando el comitente muere, revoca o el comisario obtiene magistratura u oficio igual a aquel que es titular el comitente. BODINO (n. 3), 3.2, p. 221.

⁷² Respecto a las corporaciones y gremios vs. Emile COORNAERT, *Les corporations en France avant 1789* (Paris 1968). Especialmente la bibliografía en pp. 289-294. La descripción dada por Bodino puede centrar al lector en algunas consideraciones que se tienen en cuenta en el siglo XVI para analizar esta materia: Las clasifica en dos tipos al afirmar que *todas las corporaciones y colegios son instituidos con fines religiosos o políticos*. Los de la segunda clase se establecen para la distribución de la justicia, para el reparto de los cargos, para la determinación de las provisiones y mercancías que se precisa importar o exportar, para los oficios necesarios a la república, o para la educación e instrucción. Puede acontecer que el colegio sea particular de un oficio, de una ciencia, de una determinada mercancía o de una determinada jurisdicción. También puede suceder que varios colegios se unan en una corporación, por ejemplo, todos los artesanos, todos los mercaderes, todos los licenciados o todos los magistrados. Puede también ocurrir que todos los colegios particulares tengan derecho de comunidad general o universidad, o que, no sólo todos los colegios y comunidades, sino también todos los habitantes, unidos a las corporaciones y colegios de una ciudad, de una región, o de una provincia, tengan derecho de comunidad para reunir los estados. Además, el derecho de colegio puede ser concedido a cada oficio en particular y prohibido en general, pudiendo cada uno tener reglamentos, estatutos y privilegios particulares diferentes. Podemos pues, decir que toda corporación o colegio es un derecho de comunidad legítima, bajo el poder soberano. La palabra legítima se refiere a la autoridad del soberano, sin cuyo consentimiento no existe ningún colegio. Se refiere igualmente, a la calidad de los colegios, al lugar, al tiempo, a las formas de reunión y a la competencia de la asamblea. La palabra comunidad significa que no hay colegio si no hay algo de común. Pero no es necesario que todo sea común, basta que la asamblea sea común a todos los colegiados, que haya un síndico y algún dinero en común.— En cuanto al número de colegias, es indiferente siempre que no sean menos de tres. BODINO (n. 3) 3.7, pp. 383-384.

⁷³ Para las Universidades vs. el excelente trabajo de AJO y SAINZ DE ZÚÑIGA, *Historia de las universidades Hispánicas* (Madrid 1957), especialmente recomendable es su bibliografía p. 117-164.

mentos en defensa del monarca para nominar a los miembros del senado o consejo son suficientemente cuidadosos y sofisticados, con el objeto de hacer depender totalmente del soberano esta facultad ⁷⁴. Es preciso distinguir, por lo menos, entre *la asamblea legítima de los consejeros del Estado para dar consejo a quienes detentan el poder soberano en la República* ⁷⁵, denominada Senado y el *que tiene potestad de mando en la República* ⁷⁶. El senado solamente existe en virtud de la necesidad personal del gobernante de conocer la opinión de otras personas con el objeto de tener un sabio consejo. Nada confiere mayor autoridad a las leyes y mandatos del príncipe, del pueblo o del gobierno aristocrático que someterlo al parecer de un prudente consejo. El senado o consejo del príncipe es una asamblea legítima en cuanto posee la potestad conferida por el soberano para reunirse en el tiempo y en el lugar prescrito. Estos hombres prudentes deben estar preparados por una *práctica continua a oír*, considerar y resolver los asuntos importantes ⁷⁷.

El senador virtuoso y prudente debe desprenderse, al entrar al consejo, de la benevolencia para unos, del odio para otros y de su propia ambición y no proponerse otro fin que la honra de Dios y la salud de la República. Respecto a las cualidades objetivas que debe poseer el consejero, Bodino indica que conviene que el senador posea conocimientos, en especial de jurisprudencia, historia y política, pero también buen juicio, integridad y prudencia. Además se considera conveniente que el consejero no dependa del príncipe, ni por homenaje ni por relación recíproca. Pese a todo, señala Bodino, esto último es un mal frecuente en el consejo de los príncipes. Todos los autores están de acuerdo que el número de consejeros no debe ser excesivo. No debe tomarse en cuenta, dicen los tratadistas, el número de senadores por consideración de la población, ni por satisfacer la ambición de los ignorantes (condición propiamente atribuida a la plebe) y menos obtener dinero (el cargo debe ser honorífico), ya que los consejeros solamente deben ser escogi-

⁷⁴ En este trabajo se ha evitado hacer una exposición detallada de las funciones que desempeñan los Parlamentos en el Estado Territorial, puesto que estamos elaborando un estudio especial para analizar su significado histórico-jurídico. En todo caso, me permito remitir al lector a HUESBE LLANOS, *Una Constitución de la Epoca del Absolutismo. Lex regia danica de 1665*, en REHJ. 1 (Valparaíso 1976). También véase Huesbe Llanos (n. 67), especialmente la parte segunda, capítulo 5: *Die Teilung der Staatlichen Macht als politisches Ziel*, pp. 120-149.

⁷⁵ BODINO (n. 3), 3.1, p. 284.

⁷⁶ *Magistratus est officialis qui publicum imperium habet*: BODINO (n. 3), 3,2, p. 206.

⁷⁷ *Il faut que les Senateurs soyent resolutus par une longue exercice d'oüyr, pezer, et resoudre les grandes affaires*. BODINO (n. 3), 3, 1, p. 287.

dos por la virtud, prudencia y desprendimiento personal⁷⁸. Todos estos rasgos exigidos al consejero no deben sorprendernos, ya que la teoría política medieval no ha pasado sin dejar profundas huellas en la tradición europea. Es decir, servir al príncipe cuando éste lo pide, sin poder rechazar el servicio solicitado⁷⁹.

2. Todas estas características se le atribuye preferentemente a la nobleza que a otros estamentos de la sociedad. Una ley de las Siete Partidas indica que: *Saber usar de la nobleza es claro ayuntamiento de virtudes; por ella los caballeros deben ser mucho honrado por tres razones: primero, por la nobleza de su linaje; la segunda, por su bondad; la tercera, por la prosa que de ello viene*⁸⁰. Otra ley que enseña el cuidado que debe tener el Rey para escoger a sus hombres para el buen gobierno del reino, dice que este conocimiento consiste en *saber que linaje vienen, de costumbres, y de que manera son, y que hechos hicieron*⁸¹. Además la tradición histórica nos recuerda que Luis XI, Rey de Francia, se servía de su sastre por heraldo o rey de armas, y de su barbero por embajador, y del médico por gran Canciller, que fue causa que toda la nobleza del reino se rebelase contra él y pusiese en peligro de perderse su Estado. La nobleza no debe precipitar la República a su ruina por pérdida de virtudes como preservar la honra, velar por la justicia, desprendimiento de lo terrenal, laboriosidad y estado de cristiana austeridad y caridad⁸².

Sin embargo, Pedro Ribadeneyra sostiene, a fines del siglo XVI, en 1595, que así como el príncipe debe tener siempre fijos los ojos en la justicia para dar a cada uno lo que es suyo con igualdad, debe también procurar que los súbditos hagan lo mismo sin perjuicio de nadie. Así también y ante todo, el príncipe debe entender que las honras y riquezas que posee son más de la República, que propias suyas. Solamente las debe repartir por razón fundada en merecimientos hechos a su persona o a la República. De este modo, el rey o el reino hacen un cuerpo y todo servicio que se hace al rey redundan en pro del mismo reino⁸³. Por la sola razón de bien común, el príncipe posee el derecho de solicitar los servicios de los súbditos

⁷⁸ BODINO (n. 3), 3, 1, p. 285 s.; vid. HUESBE LLANOS (n. 48), pp. 159-161.

⁷⁹ En el *mandatum regis*, del derecho anglosajón se percibe claramente esta idea; vs. Percy Ernst SCHRAAMM, *Geschichte des englischen Königtums im Lichte der Krönung* (Wiss. Buchgesch. Darmstadt 1970), pp. 180-187.

⁸⁰ PARTIDAS 2, lib. 7, tit. 21, ley 2.

⁸¹ PARTIDAS 2, lib. 7, tit. 21, ley 2.

⁸² MANDROU, *L'Europe Absolutiste. Raison et raison d'Etat. 1649-1775*, (Paris, 1977), p. 14 sig.

⁸³ RIVADENEIRA, (n. 70) 2,6,112

del reino y asimismo los súbditos deben prestar servicios al rey, ya que si el súbdito se niega a éste lesionaría la majestad y se perjudicaría a sí mismo. Desde luego, Pedro Ribadeneyra ya no considera a la nobleza como el único estamento meritorio para ejercer los cargos de consejeros o ministros. Para Pedro Ribadeneyra las virtudes pueden ser ejercitadas y transformadas en un hábito permanente en cada uno de los hijos de Dios, pues tiene la convicción que por medio de la educación, gran descubrimiento de efecto democratizador de la época, se puede modificar la sociedad y las costumbres. En este caso, se refleja en el biógrafo de la Compañía de Jesús el espíritu de su orden. Optimista y liberalizante, cree Ribadeneyra que todo individuo debidamente educado puede tener acceso a todas las magistraturas. Basta la disposición permanente del individuo para orientar las obras en función del bien último y supremo.

La cuestión definitiva es si debe el príncipe confiar su gobierno en aquellos hombres que supuestamente están más cerca de las virtudes propias y requeridas para el buen gobierno. La nobleza poseedora de esas supuestas cualidades, estaría básicamente en condiciones de participar en forma exclusiva en el Consejo del Rey. Como es sabido la Corte del Parlamento de París fue el antiguo senado del reino de Francia⁸⁴. Pero, cuando el Parlamento de París se convierte en instrumento deliberante de los estamentos en su totalidad, perdió por esta misma razón la efectividad y confiabilidad por parte de los monarcas franceses.

El *Rigtag* de Dinamarca constituye una realidad muy semejante. Allí los estamentos adquieren una preponderancia tal que están en condiciones de limitar el poder soberano del monarca durante varios siglos, hasta la mitad del siglo XVII. La revolución burguesa de Copenhague en 1662 buscó poner término a las Capitulaciones electorales de la Dieta danesa impuesta por el estamento de la nobleza al rey cada vez que debía ser elegido. La burguesía le entrega al monarca la facultad absoluta de gobernar en forma absolutista y hereditaria para cumplir con los propósitos que propicien y favorezcan el mejor gobierno del reino⁸⁵. Dinamarca pasa a ser el primer reino europeo gobernado sin la nobleza y con el apoyo de la burguesía. En Alemania, en cambio, la dieta mantiene el carácter estamental y diversificado en su composición. Esta sobrevive dentro del Imperio hasta la imposición hegemónica de Prusia en 1870. Prusia es el Estado territorial burocrático prototipo europeo cuyo

⁸⁴ ZELLER, *Les Institutions de la France au XVI^e. Siécle* (Paris 1948), p. 148.

⁸⁵ HUESBE LLANOS (n. 71), p. 96-97.

origen, desarrollo y fin están estrechamente ligados; de ella nos queda la imagen del funcionario competente y especializado que predominará a comienzos del siglo XX. La virtud de obediencia y el ordenamiento jurídico del Estado Prusiano posibilitó el surgimiento de una potencia central en Europa que vino a llenar el vacío de poder dejado por el Imperio e impidió el avance de Rusia tradicional hacia las regiones occidentales de Europa. En Austria las reformas políticas de Fernando II, los requerimientos de la Reforma, el ingreso urgente de oro y plata venida de las Indias a través de España y la diversidad de intereses de los diferentes conglomerados humanos que constituyen el Imperio, obligaron a la corte vienesa a una rápida creación de Consejos especializados. Se aleja la posibilidad de un Parlamento eficaz. La burocracia austríaca llega a ser la más dúctil de toda Europa, todo lo contrario de la Prusiana, sistemática e inflexible. Ambas generan dos tipos humanos muy diferentes entre sí⁸⁶.

En Francia, en cambio, el Parlamento de París, y más tarde los Estados Generales se convierten en un conglomerado deliberante sobre todas las cuestiones del reino, para especializarse posteriormente en materias legislativas y finalmente se convierten solamente en una fachada política ineficaz. Los Monarcas en cambio van a preferir hombres leales y de confianza. Gradualmente se constituyen instancias que adquieren funciones específicas. Así surge otra forma de gobernar; primero se creó el Gran Consejo, luego el Consejo Privado y finalmente el Consejo Restringido⁸⁷. En este último se

⁸⁶ Vs. HEINRICH RITTER VON SRBIK, *Deutsche Einheit*. (Darmstadt 1963) T. 2, p. 216; también KAFKA, *Der Schloss* (New York 1946), p. 433.

⁸⁷ BODINO (n. 3), 3,1, p. 293. Un estudio de los diferentes tipos de Consejos y sobre el Senado vs. en ZELLER (n. 82), pp. 111-114; también DOUCET, *Les Institutions de la France au XVI^e. Siècle* (Paris 1948), p. 131 ss. Para Inglaterra: J. A. WILLIAMSON, *The Tudor Age* (London 1948). (Una historia de 9 volúmenes). Para Alemania vs. SELDMAYR, *Die rechtliche Natur des Königlichen Kabinet in Württemberg*. (1911); L. ROSENFELD, *Geheime Kanzleien und Kabinet in Hessen - Kassel, en Zeitschrift für Hessische Geschichte* 51 (1917); MEISNER, *Zur neuen Geschichte des Preussischen Kabinetts. Forschungen zur brandenburgischen und preussischen Geschichte* 36 (1924); I. DÜRICHEN, *Geheim Kabinet und Geheim Rat unter der Regierung August des Starken 1704, en Neues Archiv, f. sächsisches Geschichte und Alterumshunde* 51 (1930); W. HAHLWEG, *Die Grundzüge der Verfassung des Sächsischen Geh. Kabinet 1763-1831, en Zges. St. W.* 103 (1942); Helbert HELBIG, *Der Vettinische Ständestadt* (Köln 1955); H. ANGERMEIR, *Bayern u. der Reichstag von 1495; en HZ.* 224, Helf 3. (1977); M. STÜRMER, *Höfische Kultur und frühmoderne Unternehmer, en H. 2. T.* 229, Helf 2 (1979). Para toda Europa es importante K. W. SWART, *Sale of Offices in the Seventeenth Century* (Den Haag 1949). Para Holanda y Países Bajos y Norte de Alemania Hartmut STEINBACH, *Die Reichsgewalt und Niederdeutschland in nachstaufescher Zeit* (Stuttgart 1968).

resuelve actualmente —dirá Bodino— los asuntos más importantes, sobre los cuales han deliberado el Consejo Privado y el Consejo de Hacienda⁸⁸. El Consejo Restringido generalmente constaba de dos o tres personas, *de las más próximas y de fiar*⁸⁹. Los consejos asumen la responsabilidad política de los parlamentos o cortes, donde quedan confinados los privilegios, como es el caso de las cortes españolas⁹⁰.

3. Respecto a los asuntos de competencia del Consejo, depende de las ocasiones y de los negocios que se traten. Según Bodino, primero se delibera respecto a los asuntos que concierne a la religión. En segundo lugar, se debe tratar aquellos asuntos de Estado que son más urgentes y pertenecen a la cosa pública, tales como la guerra y la paz. Sin embargo, el Consejo no debe interferir la jurisdicción de los magistrados. Textualmente señala Bodino: *Quienes convierten al Senado y al Consejo Privado en una especie de cajón de sastre, rebajan grandemente su dignidad*⁹¹ salvo que el asunto sea de tal importancia que merezca la consideración del Senado. Pero, el Senado se instituye para dar su parecer a quienes detentan la soberanía, porque en una República bien ordenada *el Senado no debe tener Imperio, ni dar órdenes ni ejecutar sus consejos y deliberaciones, todo lo cual compete a quienes detentan la soberanía*⁹². El Consejo Privado, en cambio, casa las sentencias y las decisiones de los magistrados y de los tribunales superiores, pero no significa que tengan potestad, ya que las decisiones del Consejo Privado no emanan en absoluto de él y sólo por comisión y en calidad de jueces extraordinarios pueden ejecutar una sentencia agregando las palabras: *por el Rey en su Consejo*⁹³.

De este modo hemos tratado los rasgos más esenciales del Senado, del Gran Consejo y del Consejo Restringido. Estas tres instituciones poseen las mismas características: solamente pueden emi-

⁸⁸ ... *le conseil estroit, où les resolutions sont prises, des plus grandes affaires deliberees au parauant au conseil privé, et conseil des finances, si les choses meritent qu'on les raporte...* BODINO (n. 3), 3. 1, p. 293.

⁸⁹ ... *les Princes ont tousiours en un conseil estroit de deux ou trois, des plus intimes et feables*: BODINO (n. 3), 3.1, p. 293.

⁹⁰ Vs. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho* (Madrid 1977), T. 1, 1380, p. 797 s.

⁹¹ BODINO (n. 3), 3.1, p. 300.

⁹² *Le Senat d'une Republique bien ordonnee, ne doit point avoir puissance de comander, ny decerner mademens, ny mettre en execution fes aduit et deliberations: mais il faut tout raporter à ceux qui la souveraineté*. BODINO, (n. 3) 3.1, p. 301.

⁹³ *Par le Roy en son Conseil*. BODINO (n. 3), 3.1, p. 301.

tir un parecer y sólo por comisión extraordinaria pueden ejecutar una acción de cualquier índole, pero carecen de la facultad de mando y del rango de perpetuidad que son características propias del magistrado o del oficial respectivamente; sus miembros tradicionalmente proceden de la nobleza. Por todos estos motivos no pueden ser considerados magistrados y oficiales propiamente tal, no obstante, juegan un papel importante en la administración del reino y a menudo se confunden hasta en las atribuciones que poseen. Dada la delicadeza de las materias que deben abordar, es frecuente además, que una o más personas pertenezcan a los tres tipos de consejos a la vez. Los consejos, en general, establecen las normas concretas o regulan la administración con el objeto que los oficiales puedan tener disposiciones de criterio y procedimiento cuando deban tomar una decisión. El papel del Consejo del siglo XVI radicó precisamente en esclarecer la voluntad del rey, de tal modo que no quede duda de sus propósitos, tanto para la administración como para los súbditos comunes. Si bien no pertenecen propiamente a la administración debemos aceptar que el estudio sobre sus ocupaciones, acuerdos, conductas y proposiciones es revelador para comprender el ordenamiento del Estado moderno desde el punto de vista administrativo.

2. Los Oficiales

Para poder entender aquello que en el siglo XVI se define posteriormente como administración y burocracia, es necesario recordar que el poder soberano tiene como meta política una República bien ordenada. En este caso, deberemos suponer que el orden de la República dependerá especialmente del tipo de administración que un Estado posea. Los autores conceden que es el príncipe y sus consejeros quienes deben virtuosamente poseer las condiciones necesarias para administrar por sí solo la República. No obstante, la República puede existir sin el Consejo⁹⁴, aún más, el príncipe puede ser tan sabio y prudente que no encuentre mejor Consejo que el suyo ni de los extranjeros⁹⁵. De este modo las líneas de la administración de la República pueden ser exclusivamente decisión del monarca; sin embargo, la administración de la República no puede ser ejecutada cómodamente por una sola persona y, así como el príncipe debe guiarse por el parecer del Consejo, *dado que el esplendor y belleza*

⁹⁴ BODINO (n. 3), 3.1, p. 211.

⁹⁵ BODINO (n. 3), 3.1. p. 283-284.

de la sabiduría son tan raros entre los hombres⁹⁶, con mayor razón el príncipe debe considerar a los oficiales puesto que estos son el elemento principal de la República⁹⁷ en la ejecución de su voluntad.

Los oficiales constituyen, en general, un conjunto de funcionarios que tienen carácter público y su función es ordinaria. El oficial, dirá Bodino, es una persona pública y obtiene su cargo por un edicto y sólo se constituyen en virtud de una ley expresa o edicto. Esta facultad de nombrar oficiales le compete sólo al príncipe o poder soberano⁹⁸. Debemos agregar que su trabajo es remunerado, generalmente mediante el pago de dinero, especialmente los oficios de guerra y los oficios menores⁹⁹.

Los autores no discuten si es el poder soberano quien debe nombrar a los oficiales y si por esta razón poseen carácter público, o bien si su especificidad se debe al conjunto de actos que ejecutan en beneficio de la comunidad. Así las funciones comunes de servicio a la sociedad son responsabilidad de un conjunto de personas especializadas y competentes por ejercicio. Estas poseen un nombramiento para desempeñar un oficio determinado. Todas las discusiones sobre las magistraturas no disminuyen el significado que gradualmente adquiere el derecho público en todas las esferas político-administrativas del Estado moderno. En todo caso, la administración parece adquirir un sentido de servicio a la comunidad y no de prestación personal. Servicio que será público y remunerado por toda la sociedad beneficiada mediante el pago de dinero.

Todos los oficiales quedan sujetos al derecho público, que prescribe normas prácticas, sugeridas por los gobernantes y a estos por los juristas. Diego de Covarrubias y Leyva en *Practicae Questiones*,

⁹⁶ BODINO (n. 3), 3.1, p. 285.

⁹⁷ BODINO (n. 3), 3.2, p. 306.

⁹⁸ BODINO (n. 3), 3.2, p. 308.

⁹⁹ Bajo el nombre de oficios de guerra y menores califica Bodino a la gran mayoría de los oficios públicos que no tienen mando efectivo sobre otros oficiales. En esta rúbrica están comprendidas generalmente todas las personas públicas a las que se constituye a título de oficio, de comisión o de simple dignidad, sin poder de mando. En tal caso, podemos dividir todos los oficios y dignidades de acuerdo con la diversidad de los cargos públicos a que cada uno se emplea: unos a las cosas divinas, otros a los negocios de estado, éstos a la justicia, aquéllos a la hacienda, unos a las fortificaciones y reparaciones de las fortalezas públicas, otros a la provisión de víveres y cosas necesarias, quien a la guerra, para defender a los súbditos contra los enemigos, quién a la sanidad pública y limpieza de las ciudades, quién a los caminos, ríos, bosques, puertos y pasos. Todos estos cargos públicos se pueden dar a título de oficio, en comisión, o como simple dignidad sin mando o bien con poder de mando, o para la ejecución de los mandatos, como son los ministros de los magistrados, secretarios, notarios, ujieres, alguaciles y pregoneros. BODINO (n. 3), 3.3, p. 331-332.

aborda la sociedad civil desde el punto de vista del orden de la comunidad y sugiere enmarcar todos los asuntos que a ella le competen dentro de un derecho público idéntico a la República. Así el magistrado queda sometido a los intereses del Estado y al Imperio del buen gobierno¹⁰⁰. Bodino indica con mayor énfasis que la *souveraineté, il faut qu'il y ait quelque chose de commun, et de public: comme le domaine public, le tressor public, le pourpris de la cité, derues, les murailles, les places, les temples, les marches, les usages, les lois, les coutumes, la iustice, les loyers, les peines . . . qui sont ou communes, ou publiques . . . car ce n'est pas republicque, s'il n'y a rien de public*¹⁰¹. La República es el único órgano eficaz que permite promover el bien particular con un fin común y público, en bien de todos los ciudadanos y sin alterar el sagrado principio de la inviolabilidad de la propiedad familiar *car si la famille et la cité, le prope et le commun, le public et le particulier sont confiez, il n'y a ny Republicque, ny famille*¹⁰². Pues, de acuerdo a Bodino, es la República y no la familia competente en los asuntos comunes a toda la sociedad *en cela gist la vraye difference de la Republicque et de la famille. Car les chefs de famille on le gouvernement de ce qui leur est propre*¹⁰³, la familia no tiene jurisdicción sobre lo común o público ya que sólo le compete a la República su ordenamiento e institucionalización de todos los recursos que sean necesarios para su buen gobierno. Este principio es común para todos los Estados europeos de esta época. Cuando el español Diego de Covarrubias y Leyva, declara taxativamente que *majoria non transit ad populum*, sugiere la absoluta privacidad del príncipe en el manejo de la cosa pública¹⁰⁴. Por tanto, es el soberano o monarca quien nombra a los magistrados prescindiendo de toda otra causalidad como origen del poder, tradición contraria o voluntades opuestas.

Las nuevas situaciones de hecho que se producen con el advenimiento del Estado territorial determinan que para el ordenamiento de la comunidad política, que ha experimentado grandes cambios, se califique de *ius publicum*, al conjunto de normas que la regu-

¹⁰⁰ Das erste —bei Covarrubias— das dem guten Fürsten nottut, ist die Gerechtigkeit, die für alle Amtsträger, von denen das Wohl des ganzen Staates abhängt. REIBSTERN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca* (Karlsruhe 1955), p. 35. Cf. *Prima equidem pars, quam optimo Principi necessariam esse concedemus, ad justitiam pertinent . . . eandem etenim omnibus magistratibus quibus totius Reipublicae satis continetur*: COVARRUBIAS, *Practicae quaestiones*, in *Opera Omnia* (Lyon 1584), Praefatio.

¹⁰¹ BODINO (n. 3), 1.2, p. 10.

¹⁰² BODINO (n. 3), 1.2, p. 11.

¹⁰³ BODINO (n. 3), 1.2, p. 12.

¹⁰⁴ COVARRUBIAS (n. 100), cap. 4.

lan¹⁰⁵. Esta es la razón por la cual la ordenación jurídica del naciente Estado no recoge ninguna Constitución propiamente tal. Esto hace que la Constitución Política de la Baja Edad Media y de la Moderna sea fundamentalmente no escrita¹⁰⁶. Por esta razón, el *ius publicum*, asimilado como tal al poder soberano cualquiera que sea, será ordenado conforme a la teoría de los derechos de la majestad. Así, por ejemplo, la Constitución dánica está de tal modo influida por esta tendencia, que enuncia uno por uno en la parte constitucional, los derechos de la majestad; además prescribe el absolutismo o *enevaelde* (Alleinherrschaft) y establece la sucesión hereditaria como ley fundamental al modo de la ley sálica francesa.

En Francia los edictos de nombramientos de oficiales se hacen públicos mediante las llamadas patentes de oficios¹⁰⁷. Los oficios pueden ser de reciente creación y en este caso van sellados con seda verde y roja. Todos tienen carácter perpetuo. Cuando se señala que poseen carácter perpetuo se está refiriendo al hecho que tanto a los oficiales anuales como a los vitalicios se les atribuye este rasgo¹⁰⁸, pues el oficio continúa vigente antes que la institución del magistrado se haya ejecutado por medio de un edicto, cualquiera que sea el plazo prescrito al oficial de reciente nombramiento. El oficial es, por lo tanto también perpetuo, hasta tanto no sea anulado por ley o edicto contrario¹⁰⁹. Se entiende la perpetuidad a título de oficio y no de persona, de tal modo este rasgo genera aquello que es más propio de la burocracia administrativa. Surge la necesidad del cargo, luego se nombra la persona y en tercer lugar se le confiere al cargo el carácter de vacancia en espera que lo llene la persona designada o elegida¹¹⁰. Así también hay cargos que generan a su vez instituciones que llegan a constituirse en permanentes como pro-

¹⁰⁵ Vs. GARCIA-GALLO (n. 90), N^o 1169, p. 654 s.

¹⁰⁶ Las dos constituciones de la época moderna, la *lex regia danica* de 1665 (vid. Huesbe LLANOS, n. 71, pp. 88-102) y la americana (SUTHERLAND. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana* (trad. Joseph Clementi - Buenos Aires 1972) demuestran la existencia de una voluntad constitucional vigente en la Europa del siglo XVIII en adelante. Vs. Alejandro GUZMÁN, *La Fijación del Derecho* (Valparaíso 1977), p. 54, (n. 78). Guzmán señala que la Constitución danesa es una realidad que no se puede desconocer, pues responde a una necesidad del Estado de ese tiempo.

¹⁰⁷ BODINO (n. 3), 3.2, p. 306.

¹⁰⁸ BODINO (n. 3), 3.2, p. 306.

¹⁰⁹ BODINO (n. 3), 3.2, p. 308.

¹¹⁰ Es frecuente en esta época la venalidad o venta de cargos con el objeto de obtener ganancias, mediante la posesión de uno o más oficios. La obligación de residencia tiende a impedir este vicio tan frecuente en la época moderna. Vs. ZELLER (n. 84), p. 132-141. *Déjà la tendance est générale à considérer les offices comme des biens patrimoniaux* ZELLER (n. 84), p. 132; también K. W. SWART, *Sale of office in the seventeenth Century* (Den Haag 1949).

ducto de las necesidades del propio cargo. Este es el caso de los intendentes, gobernadores, jefes del ejército y de la marina. La despersonalización del cargo por efecto de la vacancia y el nombramiento por edicto configuran un proceso de legitimidad en sí, diferente a las prestaciones personales medievales que tenían como desventaja lo imprevisto de la disposición personal y su gratuidad. La vacancia se remunera porque es pública y no existe ya la obligación de servir sin recompensa económica. Los ejércitos, por ejemplo, en tiempo de paz se profesionalizan y crean una jerarquía que generalmente es mantenida en sus cargos, especialmente en los estratos medios ¹¹¹. En tiempo de guerra, en cambio, surgen personalidades ad hoc ¹¹², que guían al ejército, sea al éxito o al fracaso. El príncipe designa a su conductor y éste al estado mayor o consejo militar, sin variar los cargos medios que adquieren también el carácter de servicio público. El militar vive de la guerra con un sueldo que aporta el estado. El dinero se convierte así en el nervio de la guerra ¹¹³.

¹¹¹ El poder de éstos no cesa con la muerte del príncipe, si bien, en cierto modo, lo retienen por tolerancia y queda como en suspenso hasta que reciban cartas del nuevo príncipe, o su confirmación para continuar en sus oficios. Por esta causa, el Parlamento de París, después de la muerte de Luis XI, ordenó que los oficiales continuasen como hasta entonces en sus cargos, en espera de la resolución del nuevo rey. El oficio no depende de un simple mandato revocable o de un cargo singular, sino que se sustenta sobre una ley recibida, publicada, verificada y registrada, de tal modo que el oficio sólo puede ser suprimido por edicto o ley contrarios. En ocasiones, se instituye un gran número de oficiales de una sola vez; así, por edicto publicado en el Parlamento, en el mes de Abril de 1544, fueron instituidos setenta alguaciles. Por esta causa, las comisiones del príncipe dirigidas a los oficiales en tal calidad son válidas para sus sucesores, lo cual sería imposible si la comisión se les encomendara a título personal y privado. Otra diferencia entre el oficial y el comisario es que el poder de los oficiales, además de ser ordinario, conlleva mayor autoridad y amplitud que la comisión. A ello se debe que los edictos y ordenanzas dejan muchas cosas a la conciencia y discreción de los magistrados, quienes interpretan equitativamente las leyes según las circunstancias lo exigen. Por el contrario, los comisarios están en mayor medida obligados y vinculados a los términos de sus comisiones, en especial cuando se trata de negocios de estado. Por esta razón, el soldado que ha combatido o el capitán que ha dado la batalla en contra de prohibición expresa, merece la muerte aunque haya conseguido la victoria. Esto se refiere sólo al capitán que no tiene el mando a título de oficio. BODINO (n. 3) 3.2, p. 316-317.

¹¹² El oficial, el consúl, el condestable, el mariscal o el general del ejército, instituido a título de oficio, con pleno poder de mando sobre su ejército para hacer la guerra, puede, en virtud de su oficio y sin aguardar mandato especial, hacer la guerra a los enemigos declarados, perseguirlos, dar batallas, poner cercos, rendir, si puede, fortalezas y disponer del ejército a su discreción, siempre que no pesen sobre él prohibiciones expresas del soberano, en virtud de las cuales quede suspendido su poder. BODINO (n. 3) 3.2, p. 318.

¹¹³ *Pecunia nervus belli* es una frase que continuamente es acogida desde Cicerón y se vierte en el pensamiento medieval. Acerca del destino y variaciones de este proverbio se puede consultar a DAVANZATI, *Lezione delle monete en Argelatus IV*. 164. Nota 1; también en LIPSIUS, *Polit. s. civ. doct.* (1596)

Cuando Luis XII, en el año 1499 pretendía tomar el ducado de Milán, consultó al condottieri Gian Giacomo de Trivalzio acerca de los medios y formas con que se realizaría la empresa. A esto respondió Trivalzio: *Su graciosa majestad, hay tres cosas que se deben tener en cuenta para tal empresa, esto es, dinero, dinero y más dinero*¹¹⁴.

Hemos visto dos rasgos importantes de las magistraturas que dan origen a la burocracia administrativa: 1.— El nombramiento otorgado por el poder soberano. 2.— La perpetuidad que genera la vacancia. 3.— Esta, a su vez, da origen a la especialización. 4.— La que es posible gracias al pago por el servicio prestado, único medio para conservar establemente una administración eficaz. Si se añade a estas cuatro características la obligación de residencia, nos encontramos ya con todos los rasgos más notables del mundo oficial y público del estado moderno. Es tal la fuerza que adquiere en la mentalidad de la época el espíritu público y de servicio en el estado que Thomas Mun recomienda al comerciante inglés y a todos en general que *el provecho privado pueda siempre acompañarse con el bien público*¹¹⁵, además precisa su recomendación a su hijo cuando coloca *al comerciante en su tan alta estimación, porque el comerciante es justamente el administrador del patrimonio del reino*¹¹⁶. Más adelante, resume, en forma clarísima, cuando indica que *la verdadera forma y valor del comercio exterior, es: la gran renta del rey, la honra del reino, la notable profesión del comerciante, la escuela de nuestros oficios, el abastecimiento de nuestras necesidades, el empleo de nuestros pobres, el mejoramiento de nuestras tierras, la manutención de nuestros marineros, las murallas de los reinos, los recursos de nuestro tesoro, el nervio de nuestras guerras, el terror de nuestros enemigos*¹¹⁷. Toda actividad tiene, una función globalizante ordenada a servir en la tarea de crecimiento, prestigio y bienestar del estado. El comerciante pasa a ser prácticamente un funcionario público y, por todas estas razones, muchos estados bien

IV. 9. V. 6. Sin embargo, la motivación más importante se encuentra en el veneciano SANSOVINO, *Concetti politici* (Nº 388): *Il nutrimento dell' essercito senz'alcun dubbio è il danaro. Questo dà misura ad ogni cosa e se converte in ogni cosa . . . e quel Re di sparta gli chiamò nero della guerra; perche si come i nervi danno il moto al corpo, così lo danno i danari all'essercito*. Esta obra fue dedicada por Sansovino al Emperador Rodolfo.

¹¹⁴ Vs. Ludovico GUICCIARDINI, *L'ore de recreatione* (trad. Tedermann v. Memmingen Basel 1575).

¹¹⁵ Thomas MUN, *La Riqueza de Inglaterra por el Comercio Exterior*. (England's Treasure by Foreign Trade, London 1664 trad. Vasconcelos Méjico 1954), p. 54.

¹¹⁶ MUN (n. 115), p. 54.

¹¹⁷ MUN (n. 115), p. 151.

gobernados fomentan esta actividad . . . pues saben que entre las razones de estado la principal es mantener y defender aquello que los sostiene a ellos y a su hacienda pública ¹¹⁸.

Si bien los autores alemanes siguen estos mismos principios, difieren, sin embargo, en matices. Henning Arnisaeus proporciona en su comprensivo tratado de política ¹¹⁹ una de las más claras y precisas relaciones existentes entre el poder soberano y los magistrados: *Perfecta igitur definitio Reipublicae est, quod sit ordo civitatis, tum aliorum imperium, tum praecipue summa potestatis, a qua profluit per medios magistratus in universos subditos* ¹²⁰. El poder soberano se derrama por medio de los magistrados sobre todos los súbditos. A continuación perfila con precisión los rasgos del soberano respecto al magistrado, quedando perfectamente delineadas las diferencias entre el uno y los otros: *Sed hoc interest, quod principi sunt propria, magistratibus demandata: apud illum perpetua, apud hos precaria, apud illum principaliter et independenter, apud hos secundario et a superiori communicata* ¹²¹. Esta diferencia se refiere principalmente a la propiedad de la potestad y a la facultad soberana que posee el príncipe de nominar a todos los magistrados conforme a su criterio *et utilitas reipublicae* ¹²². Arnisaeus deja a todos los magistrados en situación de precariedad y de dependencia del poder soberano. Es propio del soberano crear instituciones e instituir todos los magistrados que sean necesarios en su jurisdicción, la cual es suprema *ideoque magistratuum creatio praesupponit semper in creante summam jurisdictionem, eamque propriam, quia nemo potest mandare alteri, quod ipse non habet* ¹²³. La concepción de jurisdicción suprema implica en Arnisaeus que el derecho de nombrar magistrados debe ser considerado conjuntamente con el derecho de extrema apelación; pues *ab uno principio emanant, et se mutuo subsequuntur* ¹²⁴ ya que la potestad suprema, de la cual hacen

¹¹⁸ MUN (n. 115), p. 151.

¹¹⁹ Vs. Otto GIERKE, *Natural Law and the Theory of Society*. (Translated with an introduction by Ernst Baker Cambridge University Press 1958), p. 270. Gierke señala ya la gran claridad y calidad sistemática de la obra política *De Republica* (1615) de Henning ARNISAEUUS (n. 3). Sus obras *De Politica* (1606) y *De Jure Majestatis* (1610), proporcionan la elaboración más acabada respecto a la Teoría del Estado Territorial Alemán del siglo XVII.

¹²⁰ ARNISAEUUS, *De Republica, en Opera Politica* (Strassburg 1648), L. 2. Cap. 1 Sec. 1. n. 14, p. 296.

¹²¹ ARNISAEUUS, *De Jure Majestatis, en Opera Omnia* (Strassburg 1648) 2. 1. n. 5., p. 166.

¹²² Vs. MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson* (München 1960), p. 29-138. Tb. MANDROU (n. 82), p. 117-229.

¹²³ ARNISAEUUS (n. 121), *De Jure* 2.3.1., p. 298.

¹²⁴ ARNISAEUUS (n. 123), p. 297.

uso los magistrados, durante el ejercicio de su cargo, permanece siempre en manos de la majestad¹²⁵. Pues resulta, dice Arnisaeus, que es inicuo considerar que un inferior pueda imponer derechos a un superior¹²⁶, nadie puede vetar, sin embargo, el derecho propio que tiene de mandar un superior a otro, siempre que lo haga sin perjudicar a un tercero¹²⁷.

El derecho de someter un recurso de apelación en última instancia exclusivamente al soberano, no pretende otra cosa que permitir a los jueces y oficiales ejecutar sus funciones específicas y estrictamente limitada dentro de su jurisdicción y procedimientos ordinarios. En cambio, el gobernante que es titular del poder soberano recibe íntegramente el poder que la comunidad o la necesidad de orden de la República le ha entregado. El príncipe puede indultar, por ejemplo, *propter reipublicam* no, sin embargo, *propter se ipsum*, como sería el caso del magistrado o del afectado. La teoría y la práctica política no prevén la posibilidad que los magistrados puedan asumir la responsabilidad total y superior cuando sus decisiones implican a la república entera. Si bien entonces es susceptible que la jurisdicción real pueda ser cedida (en caso de pacto), la suprema potestad real y su jurisdicción, en cambio, nunca podrá ser traspasada sin que ello signifique pérdida de la soberanía. Henning Arnisaeus sostiene que la *praesentia majestatis facit quiescere magistratus*¹²⁸. Así cuando *el rey llega a la ciudad, se le deberán* abrir todas las causas civiles actuales o pendientes, y los jueces subordinados deben cesar en su acción mientras dure la presencia real y corporal del soberano¹²⁹. Tal es la fuerza y magnitud del soberano; pero no sólo se pretende dar brillo, realce y homenaje al príncipe al establecer semejante principio, sino que realmente los autores proponen que los magistrados sigan al rey en sus funciones soberanas como la espada a la justicia¹³⁰.

¹²⁵ *Summa potestas, qua magistratus utuntur manet penes majestatem*: ARNISAEUUS (n. 123), p. 298.

¹²⁶ ARNISAEUUS (n. 123), 4, p. 301.

¹²⁷ *Nihil vetat autem superiorem jus suum mandare alteri, modo id fiat sine praejudicio tertii*: ARNISAEUUS, (n. 126); *De Jure*, p. 301.

¹²⁸ ARNISAEUUS, (n. 119), *De jure*. 2. 3, p. 309.

¹²⁹ *In wölche Stadt der Kunig kompt da sind ihm alle Gerichte geoeffnet und musst der Unterrichter zurichten inhalten*: ARNISAEUUS, (n. 119) *De jure* 2. 4, p. 310; según el propio Arnisaeus esta sentencia procede del *jus saxonicum* y agrega que Federico I von Hohenstaufen declara que *a nuntio nostro accipiente si praesentes fuerimus, a nobis ipsis*. ARNISAEUUS (n. 119), p. 310.

¹³⁰ Arnisaeus apela a Trajano cuando éste se dirige a Xiphilinus e invoca: *Accipe gladium, quo, si juste imperavero, pro me si injuste, contra me uteris*: ARNISAEUUS (n. 119), p. 310.