



La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*

Michel Troper**

Université Paris Ouest Nanterre La Défense
michel.troper@cegetel.net

Resumen

Este ensayo es un intento de utilizar algunos de los conceptos de la Filosofía del Derecho para interpretar la emergencia del Estado moderno. Comenzando por las definiciones del Estado de Kelsen y Weber, sostengo que el Estado moderno o Estado *stricto sensu* es una forma de poder político que resulta ejercida mediante la ley y justificada con el empleo de términos como soberanía e intento mostrar que tales conceptos, constitutivos todos ellos del Estado, nacen como resultado de las restricciones emanadas de la jerarquía normativa y con apoyo en la argumentación jurídica.

3

Palabras clave

Estado moderno, Derecho estatal, Kelsen, sistema legal, jerarquía normativa.

The Structure of the Legal system and the Emergence of the State

Abstract

This essay is an attempt to use some of the concepts of legal theory to interpret the emergence of the modern state. Starting from Kelsen's and Weber's definition of the State, I argue that the modern State or State *stricto sensu* is a form of political power that is exercised in the form of law and justified with the use of concepts like sovereignty and I try to show that these concepts, that are constitutive of the State, emerge as the result of constraints arising from the hierarchy of norms and weighing on legal argumentation.

Keywords

Modern State, State Law, Kelsen, legal system, normative hierarchy.

* Traducción del inglés de Ricardo Cueva Fernández. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid.

** El presente texto ha sido preparado en el ambiente intelectual idóneo del Instituto Strauss. Estoy muy agradecido por sus estimulantes ayuda y comentarios a su director Joseph Weiler, así como a otros compañeros, amigos y colegas, particularmente a Ruth Gavison, Francesco Di Donato, Riccardo Guastini, Janez Kranjc, Charles Leben, Frédéric Martin, Philip Hamburger y François Saint-Bonnet.

1. Introducción

Según criterio mayoritario la Teoría del Derecho resulta ser atemporal, o al menos en la tradición europea. Se propone aportar una descripción general de la estructura del sistema normativo, la función del Derecho o las particularidades del razonamiento jurídico, una descripción que no serviría sólo para un sistema jurídico concreto, sino para todos los de cualquier país y época. De acuerdo con Kelsen, sería válido no sólo para los existentes sino también para todos los sistemas jurídicos posibles. Los teóricos del Derecho tienen así escasa curiosidad por el análisis histórico.

Asimismo, y a diferencia de otras disciplinas, la teoría jurídica no engendra todos los conceptos que utiliza, sino que los extrae de su objeto, es decir del propio Derecho. Este es el supuesto, por ejemplo, de la “constitución”, el “contrato”, la “interpretación”, etc. Desde el momento en que todos ellos se encuentran anclados en circunstancias históricas particulares, a menudo se hallan mal pertrechados para análisis generales o de sistemas que difieren entre sí, de modo que los historiadores, incluso los historiadores del Derecho (o antropólogos), no pueden apenas utilizarlos.

En tercer lugar, una parte importante y extensa de la teoría jurídica se mantiene al margen de las ciencias sociales, incluso de la Historia, y ello por varias razones, pero en particular a causa de la presunción de que el Derecho no es un conjunto de hechos y de que por lo tanto no puede ser analizado a través del principio de causalidad.

Este ensayo es un intento de tender un puente entre disciplinas, no por adoptar un enfoque multidisciplinario, sino por utilizar algunos de los conceptos de la teoría jurídica para examinar un puzzle histórico a cuyo propósito el presente texto aborda principalmente dos dimensiones: el origen del Estado y la indagación sobre sus explicaciones.

Mi punto de partida es la teoría bien conocida de Kelsen, y también muy criticada, sobre la identidad del Derecho y el Estado. La tesis kelseniana va dirigida contra la teoría dualista tradicional que sostiene que existen diferentes entidades, ya sea la que percibe al Estado como una entidad independiente y objetiva que produce leyes, ya sea la que entiende que es el Derecho el que constituye el Estado atribuyendo a sus autoridades la creación y promulgación de leyes.

Kelsen acusa a la teoría dualista de descansar sobre dos presunciones, ambas erróneas: que la ley que autoriza al Estado es alguna suerte de Derecho natural o que el Estado puede ser definido como algo distinto a un orden jurídico (Kelsen, 1928).

Kelsen entiende que el Derecho natural no existe y también que es imposible aportar una definición independiente de Estado. En primer lugar, no resulta posible ofrecer una definición sociológica del Estado porque cualquier intento de hacerlo reposará inevitablemente sobre elementos jurídicos. Por ejemplo, Max Weber define el Estado “como una entidad que reclama con éxito el monopolio en el uso de la violencia”, pero obviamente este monopolio no es de hecho, porque hay muchos actos de violencia que no son realizados por el Estado; se trata en cambio de un *monopolio del uso legítimo de la violencia*. La palabra “legítimo” no implica que el uso de la violencia estatal resulte justo o acorde con ciertos valores fundamentales. Supone que los actos de violencia son realizados de acuerdo con normas jurídicas. Por otra parte, el Estado es una abstracción, y por tanto, como tal, incapaz de ejercer la violencia. Sólo los seres humanos pueden ejercerla, pero resulta que los actos realizados por ciertos individuos son atribuidos al Estado y esto resulta posible sólo por medio de normas jurídicas que prescriben qué actos realizados por aquéllos serán imputados a

este último (*Ibid.*).

En segundo lugar, es imposible -según Kelsen- aportar una definición puramente normativa del Estado. Si analizamos la tradicional definición mediante sus elementos (un pueblo, un territorio, un gobierno público), podemos percibir que resulta imposible explicarlos tomándolos uno a uno sin incurrir en tautología: un pueblo no es una entidad objetiva que pudiera ser definida de forma distinta al Estado; el pueblo francés no posee característica común alguna de carácter psicológico, religioso o étnico. Sólo puede ser definido como una clase de seres humanos que resulta sujeta al Estado francés o, en otras palabras, al orden jurídico; de manera similar, el territorio de un Estado sólo puede ser definido como esa porción de espacio que resulta sometida a un Estado concreto o, en otras palabras, al orden jurídico del Estado; sin embargo, es el Estado el que decide la clase de súbditos que constituye el pueblo o los límites del espacio que conforma su territorio; finalmente, el gobierno público es el gobierno del Estado o el poder más elevado en el orden jurídico y lo que constituye gobierno también resulta decidido por el Estado. En consecuencia, estos tres elementos no pueden definir al Estado porque son en sí mismos explicados por él, y desde el momento en que podamos sustituir en cada supuesto definitorio la expresión “orden jurídico” o “Derecho” por “Estado”, estaremos ante dos términos que sirven para designar idéntica realidad.

Decir que el Estado es sólo otra denominación para el Derecho no es negar la dura realidad de que utilice la fuerza, ni de que haya burócratas, policías y prisiones. Sólo implica que tales instituciones resultan autorizadas por normas jurídicas, que actúan por medio de ellas, y que pueden ser identificadas sólo porque constituyen elementos de un sistema jurídico. Para Kelsen la teoría monista tiene una ventaja fundamental: la de disolver el problema de la relación entre la Ley y el Estado, a saber, la pregunta de si el Estado está sometido al Derecho.

Sin embargo, quedamos entonces a merced de otro problema: ciertamente, podemos sustituir las palabras “el Estado francés” por “el orden jurídico francés”, pero no podemos intercambiar “el orden jurídico internacional”, por el “Estado internacional”, o “el orden jurídico medieval” por el “Estado medieval”, porque no existe algo como un Estado internacional y el sistema feudal de la Edad Media era distinto del gobierno que nosotros llamamos Estado. Kelsen resulta así obligado a introducir en su definición un elemento nuevo: el de la centralización. Algunos órdenes jurídicos resultan centralizados, es decir, que órganos especializados del estilo de un parlamento, un ejecutivo o una estructura de tribunales tienen el monopolio de la producción de las normas más generales y que resultan válidas para toda la población, o en el territorio por entero, y cuyos receptores son las personas; como quiera que otros, como los del orden internacional, resultan descentralizados porque sus normas son producidas, interpretadas y aplicadas por sus propios receptores. Así, el orden jurídico alemán o francés conforman Estados, pero el orden internacional no es un Estado.

Desafortunadamente esta distinción en realidad no ayuda porque, tomados de forma conjunta los órganos centrales de los órdenes jurídicos, conforman precisamente lo que la teoría dualista clásica denominó “Estado”. Kelsen está obligado a admitir que existen dos conceptos distintos de Estado: el Estado *lato sensu*, que es idéntico al orden jurídico, y el Estado *stricto sensu*, que es el sistema de órganos que tiene la potestad de crear normas. Pero entonces quedamos a merced de idénticos rompecabezas. Si la ley y el Estado son una y la misma cosa, entonces la pregunta sobre su mutua relación resulta no tener sentido, pues el Estado *stricto sensu* no es lo mismo que la Ley y de esta forma quedamos de nuevo frente a las preguntas iniciales: ¿es el Estado la fuente del Derecho o es el Derecho la base del Estado? ¿Puede el Estado quedar limitado por el Derecho que él mismo ha creado?

Así, Kelsen parece haber fracasado. Aunque tal decepción sea una *felix culpa*. Suministra lo que parece una oportunidad provechosa para analizar la relación entre el Estado *lato sensu* y el Estado *stricto sensu*. En una breve introducción a la segunda edición de su “*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*”, Kelsen subraya que el primero resulta presupuesto por el segundo (*Ibid.*).

Probablemente entendía esto como una conexión puramente lógica o conceptual, porque uno no puede pensar en el Estado *stricto sensu* sin concebirlo como el conjunto de esos órganos que producen las normas que hay en lo alto de todo el orden jurídico, a saber, en el orden del *Estado lato sensu*.

Sin embargo, podemos también percibirla como una conexión histórica real y posiblemente también causal. Sin embargo, tal vínculo sólo resulta posible si ambos son fenómenos históricos. De acuerdo con una perspectiva común, esto es cierto para el Estado *stricto sensu*, el Estado moderno, que nació en algún instante entre las postrimerías del siglo XVI o los albores del XVII, pero no para el Derecho, que se supone ha existido desde que hubo sociedades humanas. Esta perspectiva no es sólo la del Derecho natural, sino también la de los positivistas. Por ejemplo, Kelsen define Derecho simplemente como un orden de restricciones inmanente, una definición que funciona igualmente bien para los sistemas jurídicos nacionales, el Derecho Internacional, el feudal o el Derecho de las sociedades primitivas. Sin embargo, cuando consideramos, no la definición general, sino la principal característica del sistema jurídico tal y como lo conocemos, es decir, su estructura jerarquizada, y descrita en términos kelsenianos como una jerarquía tanto dinámica como estática, aquella explicación pierde su validez: no todos los sistemas jurídicos se hallan estructurados de esta manera. Es sólo hacia finales del XVI o en el siglo XVII cuando encontramos una jerarquía que se asemeje a tal modelo.

Naturalmente, esto no resulta suficiente para que hablemos de una conexión causal, pero quiero probar la hipótesis de que es la emergencia del sistema jurídico lo que condujo al nacimiento del Estado, de manera que no es el Estado el que crea el Derecho sino al revés.

El Estado no es entendido aquí solamente como un complejo de órganos, sino como un tipo de discurso justificativo sostenido por agentes de un sistema político concreto. Como ya ocurriera con el supuesto de la definición kelseniana del Estado como sistema jurídico, definirlo como un discurso no implica la negación de su realidad material y política. Permite distinguirlo de otros modelos políticos. En cada sistema político el poder es ejercido por la fuerza, pero en el Estado el uso de la fuerza queda regulado por el Derecho y justificado sobre principios específicos, distintos de los invocados en otros sistemas. El Estado es así un sistema de principios constitutivos, en el sentido de que reconocemos un Estado cuando los actores juegan sus reglas, es decir, cuando justifican sus decisiones a través de la invocación de principios tales como la soberanía, representación, la distinción entre cargo y su ocupante, la existente entre Derecho público y privado, entre el Estado y la sociedad civil, personalidad o continuidad del Estado, etc. En este ensayo, sin embargo, me detengo principalmente en la “soberanía”.

Mi hipótesis tiene dos ramificaciones. Primeramente la de que el Derecho, entendido como jerarquía normativa, surgió como resultado de un proceso autónomo y espontáneo que comenzó a finales de la Edad Media y que fue casi completado, y al menos como un instrumento de argumentación jurídica, a fines del siglo XVI. En segundo término, la emergencia de la jerarquía normativa dio lugar a la de los principios constitutivos del Estado.

Un último apunte: no consideraré el nacimiento de tales principios desde el punto de vista de la Historia del pensamiento político, estudiando así a Bodino, Hobbes, etc., con el fin de construir una genealogía conceptual. Los grandes pensadores han jugado un papel decisivo en el desarrollo de la teoría sobre el Estado, y un análisis de sus trabajos resulta indispensable, pero ya ha sido realizado por excelentes investigadores. Por añadidura, necesitamos explicar por qué tales ideas fueron descubiertas en aquel instante específico. No resulta suficiente considerar el pensamiento político como una esfera autónoma donde las ideas resultan transmitidas de un autor a otro o aparecen como réplicas a otras, así como respuestas a problemas políticos de la época. Existe también una necesidad de comprender por qué fueron acogidas de forma tan veloz y puestas en circulación por operadores políticos y jurídicos.

Ni consideraré tampoco el asunto desde el punto de vista de una Historia de las instituciones -esto también se ha hecho-, sino desde la de la argumentación jurídica y sobre la presunción de que aquella jerarquía normativa configura una argumentación jurídica concreta.

Procederé en cuatro pasos; primero, examinaré las dificultades metodológicas que los historiadores afrontan cuando examinan la fecha del nacimiento del Estado, en particular la dificultad de encontrar una definición, y propondré otra basada en la jerarquía normativa. En segundo lugar, buscaré una jerarquía normativa en la Edad Media y en el período moderno, después de la aparición de la soberanía, y finalmente intentaré detallar ambos elementos.

El problema del origen del Estado en la Edad Media

Cualquier teoría sobre el origen del Estado descansa en una definición. Reflexionando sobre las tendencias de la investigación histórica francesa acerca del Estado, el historiador jurídico Albert Rigaudière subraya que durante la mayor parte del siglo XX, “los historiadores jurídicos se han limitado a la Historia de las instituciones, la mayoría sin análisis profundo alguno del concepto de Estado... han descrito las tuercas, tornillos y muelles, más que el mecanismo global y la entidad que constituye” (Rigaudière, 2003). Sólo después de 1980 han comenzado a analizar la concepción medieval del Estado.

La distinción entre análisis institucional y conceptual no es tan clara como uno desearía. Cuando los historiadores tradicionales describen instituciones de la Edad Media como el rey, los tribunales o la *curia regis*, no pueden evitar apoyarse en ideas políticas y expresiones habituales extraídas del lenguaje de la época. Sería imposible, asimismo, describir la disputa entre el Rey francés Felipe el Hermoso y el Papa Bonifacio VIII en 1296 sin referirse a argumentos utilizados por ambas partes, así como a sus respectivas doctrinas (Chénon, 1926-1929: 933 ss.)¹. De otro lado, aquellos autores que, como Rigaudière, se dedican a analizar la concepción medieval del Estado, no lo hacen sólo con términos medievales derivados del Derecho romano como *imperium*, *maiestas*, *jurisdictio*, *regimen*... sino que inevitablemente se apoyan también en otros de carácter moderno. El propio Rigaudière utiliza términos como “Estado”, “soberanía” o “poder legislativo” y que, no es necesario decirlo, aparecerían sólo mucho más tarde.

Los historiadores se han enfrentado así a un dilema: o emplear conceptos antiguos y no tener forma de saber si tales conceptos se relacionan o no con una construcción que podríamos denominar adecuadamente como Estado o, por el

¹ Chénon y Olivier-Martin son precisamente el objetivo de la crítica de Rigaudière.

contrario, intentar la utilización de conceptos más tardíos y encontrar que no se corresponden ni con el lenguaje ni con la realidad medievales.

La única manera de escapar del dilema es diseñar un metaconcepto que sea atemporal y denominar “Estado” a cualquier forma política que se adecúe mínimamente a la definición y rechazar aquellas que no la cumplan. Pero, tal y como advierten los historiadores, la elección de una definición predetermina la respuesta a la pregunta sobre el origen del Estado (Rigaudière, 2003: 181). Si la definición es demasiado amplia, casi cualquier entidad política con un territorio sería un Estado, excepto las sociedades primitivas. En tal caso, “los orígenes del Estado descansan en la transición desde la subsistencia nómada de cazadores recolectores hasta sociedades más agrícolas, caracterizadas por la agricultura organizada” (Hay *et al.*, 2006). Naturalmente, la mayoría de los historiadores buscarán restringir la definición cuando se les cite todos los supuestos anteriores, a fin de reunir rasgos, no del Estado a secas, sino del Estado “moderno”.

Sin embargo, y desafortunadamente, la misma dificultad aflora con la definición de este último. Aun para el Estado moderno tal y como lo conocemos en el siglo XXI, no existe una definición genéricamente aceptada. Es cierto que podemos encontrar fácilmente uno, tal como sería el de su reconocimiento por el Derecho Internacional; sin embargo, un parámetro de esta naturaleza no resultaría útil para identificar al Estado de forma previa al nacimiento de este Derecho. Sea como fuere, un criterio no es una definición.

Los historiadores que han estudiado la Edad Media generalmente se apoyan en versiones simplificadas de las definiciones más frecuentes del Estado moderno. Así, Jean-Philippe Genet (1997: 3-18) define al Estado moderno “como un Estado cuya base material descansa en un sistema tributario público, que resulta aceptado por una sociedad política (y siempre que ésta posea una dimensión territorial superior a una urbe) y cuyos ciudadanos resulten concernidos por sus decisiones”. De manera similar, John A. Hall (1994: 331 ss.) deriva su definición de Max Weber. En consonancia, un Estado dispone de cuatro elementos: un sistema de instituciones diferenciadas, centralización, un territorio delimitado, el monopolio de la producción jurídica y el de la violencia física. Clive Holmes (2000: 315 ss.) menciona escasos elementos: monopolio de la violencia, un sistema de justicia centralizado, juristas profesionales...

Otros reconocerán el origen del Estado si perciben “soberanía” o signos de la soberanía, tales como el poder legislativo (Rigaudière), o el hecho de que nadie pueda apropiarse de aquel poder y que sea de carácter despersonalizado.

Algunas de estas definiciones pueden conducir a extraños resultados. Tómese como ejemplo el de Genet. Este autor menciona como un elemento clave un sistema público tributario, aceptado por la sociedad política. Sin embargo, ¿cómo definimos “aceptación”? ¿Es el simple hecho de que no hay efectiva resistencia contra la tributación y que los impuestos resulten en verdad recaudados? Pero en este caso, dondequiera que haya un sistema tributario efectivo existiría la aceptación de lo que llamamos Estado, como en los imperios asirio o azteca. ¿O significa, como el propio Genet asevera, gobierno representativo, o al menos alguna forma de diálogo con la sociedad civil, y en este caso el Estado absolutista ya no sería por tanto un Estado?²

De cualquier forma, los términos definitorios deben ser siempre claros, y las definiciones intermedias también predeterminan la respuesta a la pregunta sobre los

² Genet (1997: 5) escribe que “À tout prendre, l'État de Louis XIV est à bien des égards moins moderne que celui de Charles V”.

orígenes. Por ejemplo, si uno considera que el Estado emerge con la aprobación de normas generales, quizás encuentre un Estado en Europa Occidental ya en fecha tan temprana como en el siglo XII (Giordanengo, 1989: 283-310). Si, en cambio, uno percibe la esencia del Estado a través de una burocracia centralizada, entonces tendremos que esperar hasta el siglo XVI.

La centralización en sí misma no resulta ser un concepto claro. Como Bernard Guenée (1968: 744-758) nos advierte correctamente, debería ser extraída una distinción entre la centralización personal (el rey acoge nuevas áreas de control), institucional (creación de cuerpos judiciales, financieros o representativos con jurisdicción sobre todo el territorio) o geográfica (existencia de una ciudad que sea la capital). Otra vez, dependiendo de la definición de centralización, encontraremos diferentes fechas para datar la emergencia del Estado.

De la misma manera, podríamos usar la soberanía como un criterio para el Estado, pero hay muchas formas diferentes de establecer que el Estado es soberano. Quizás podríamos asumir, por ejemplo, que el Estado es soberano cuando descubrimos la presencia de la palabra “soberano” y “soberanía” en los textos de cierto período. Sin embargo, permanece la pregunta: ¿qué ocurre si estas palabras aparecen en diferentes momentos y contextos, como es el caso? ¿Qué clase de textos estamos leyendo? ¿Aquellos de grandes pensadores que sin embargo no sabemos si cuando afirman que el Estado es soberano lo que buscan no es magnificar el poder del Rey, recomendar la creación de un fuerte Estado autoritario o suministrar argumentos para alguna disputa habitual? En el primer supuesto puede que aporten una descripción verdadera o falsa, y en el último quizás posean o no influencia. Sin embargo, el término cabe que tenga diferentes significados para distintos autores de idéntico período. Muchos historiadores sostienen que la palabra “soberano” fue acuñada por Bodino en el siglo XVI, pero otros afirman que resulta mucho más antigua y que puede hallarse en Beaumanoir en el siglo XIII; e incluso que la presencia del término no prueba nada si no se refiere a la misma realidad o idéntico concepto (Courtine, 1985: 91 ss.).

De otro lado, los historiadores que quieren mantener que el Estado fue ya soberano en la Edad Media, quizás sostengan que, aun si las palabras fueran diferentes, la realidad de los conceptos sería la misma³. Por ejemplo, pueden decir que “auctoritas” o “potestas” o “imperium” o “majestas” eran partes de un concepto más genérico de soberanía para el que no habría ninguna otra palabra; o que habrían cumplido las mismas funciones que aquél.

Así, la mayoría de las definiciones han sido escogidas con el propósito de suministrar algunas tesis, ya sea la de que el Estado fue creado en la Edad Media (incluso dando una fecha precisa) o bien que ha nacido más tarde, en el siglo XVI. A los historiadores generalmente les gusta demostrar que una institución es más antigua de lo que uno podría pensar. Recientemente, y en Francia, después de que la potestad del Consejo Constitucional hubiera quedado ampliada, los historiadores, quienes previamente habían argumentado en el pasado que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias era absolutamente contraria a la tradición francesa de la supremacía de la ley, ahora sostienen por contra que en el siglo XVIII los “Parlamentos” ya practicaban el control judicial (Saint-Bonnet, 2000: 7-12, 2001: 177-197; Renoux-Zagamé, 2010; Di Donato, 2011).

Pero los historiadores o los teóricos políticos quizás entren en el juego de otros

³ Así Marcel David (1996: 18) escribe: “la chose peut exister avant qu’ait été forgé le terme même dont nous nous servons présentement”. Lo mismo opinan otros historiadores, de manera notable Wilks (1963). Para una opinión contraria, véase Quaritsch (1986: 34).

intereses ideológicos poderosos. Dependiendo de si favorecen un Estado autoritario u otro de carácter moderado, el papel del legislativo o el del poder judicial, intentarían demostrar que el Estado ha sido creado por la ley o por los tribunales o por la centralización o por las guerras, que la “auténtica” característica del Estado es que es absoluto o que se halla sujeto a la ley suprema, que está relacionado con el cristianismo o con el secularismo, que es una fuerza que requiere contrapesos externos de mecanismos tales como los tribunales, o al revés, que los tribunales son parte del Estado y suponen controles internos.

Es virtualmente imposible verificar todas o algunas de tales definiciones, a menos que creamos que existe una esencia del Estado. No son descripciones de una realidad objetiva, sino especulaciones. Esto no implica que deban todas ser desestimadas. No son susceptibles de ser verificadas, sino que pueden ser valoradas por su capacidad para contribuir a la discusión de algún problema específico.

Como es lógico, la definición especulativa no debería predeterminar el resultado y debemos ser conscientes de la falacia de Gorenflot: en su novela, la Dama de Montsoreau, Alejandro Dumas retrata a un monje, el hermano Gorenflot, que, estando muy hambriento en un viernes durante la Cuaresma, y deseando devorar un capón sin pecar, encuentra una maravillosa solución bautizando al capón como “carpa”⁴.

Para evitar la falacia de Gorenflot y probar la hipótesis de que el Estado es una forma de poder político ejercido a través del Derecho y que nace como consecuencia de la estructuración de un sistema jurídico, debemos definirlo con algún otro criterio distinto a la estructura del Derecho en sí mismo.

La soberanía es un candidato interesante. Ha sido mencionada frecuentemente como un elemento constitutivo del Estado. “Constitutivo” significa generalmente “esencial” y la mayoría de los juristas estaría de acuerdo en que todos los Estados son soberanos y en que ninguna entidad que carezca de Estado es totalmente soberana. Asimismo, el término puede ser entendido también en el sentido perfeñado por Searle (1969: 33) sobre las normas constitutivas, aquellas que definen el juego que está siendo desarrollado. En el caso presente, podemos advertir que las autoridades del Estado moderno utilizan argumentos que reposan en la teoría de la soberanía con el fin de definir el juego del Estado. Otros principios constitutivos incluyen la personalidad del Estado, la distinción entre Estado y autoridades que pueden ejercer la soberanía, la distinción entre Derecho público y privado, y una referencia al imperio de la ley. En el presente escrito, debo limitarme al análisis de la soberanía para fijar la extensión en que ésta surge como un principio constitutivo de resultados de la estructuración jerárquica del Derecho.

2. El nacimiento de una jerarquía normativa

¿Qué es una jerarquía normativa?

Como hemos observado, el Estado puede ser caracterizado con un tipo de sistema político donde el poder es ejercido a través o por medio de la ley. Esta es la razón por la cual Kelsen pudo decir adecuadamente que “*Jeder Staat iste in Rechtsstaat*” (todo Estado es un Estado de Derecho). El Derecho es un medio del poder político por razón de su estructura específica, la jerarquía normativa.

La expresión “jerarquía normativa” es obviamente una metáfora que resulta

⁴ En inglés *Chicot the Jester (La dame de Montsoreau)*: “In the name of Bacchus, Momus and Comus, trinity of the great saint Pantagruel, I baptize thee, carp”, dijo Gorenflot.

utilizada comúnmente para describir una gran variedad de relaciones entre normas que no son del mismo valor. Algunas veces hablamos muy vagamente de una jerarquía entre dos normas cuando, en caso de conflicto, una es elaborada para prevalecer sobre otra, cualquiera que sea la base para tal prevalencia. Por ejemplo, la jerarquía normativa es incluso a veces confundida con una situación donde hay un conflicto entre dos normas y una no es la base para la validez de la otra, y donde el conflicto resulta resuelto, no por declarar una de las normas inválida, sino simplemente usando algún principio general como “lex posterior” o “lex specialis”. En algunos casos quizás pueda hablarse de una jerarquía normativa *lato sensu* cuando asumamos que una norma prevalece o debería prevalecer sobre la otra incluso si la última no pudiera ser anulada en caso de conflicto. En tal sentido, encontramos la jerarquía en cualquier sistema político. Incluso no es necesario que las dos normas pertenezcan al mismo sistema normativo. Asimismo, algunos perciben la relación entre normas morales y legales como jerárquica. De manera más restringida, también hablamos de jerarquía entre dos normas cuando una de ellas es válida sólo cuando resulta basada en la otra, y en caso de conflicto aquella prevalencia de una norma sobre la otra depende, no ya de su respectivo contenido, sino solamente del hecho de que haya sido creada por una autoridad más elevada o por el procedimiento superior. Por ejemplo, en el Derecho francés existe una jerarquía entre la constitución y las leyes parlamentarias porque el poder constituyente es una autoridad más alta y que ha autorizado al Parlamento para aprobar leyes y porque las leyes deben acomodarse a la constitución. Hay también una jerarquía entre las leyes orgánicas y las ordinarias, aunque ambas resultan aprobadas por idéntico Parlamento, porque son producidas por medio de dos procedimientos distintos y las leyes parlamentarias deben adecuarse a las leyes orgánicas.

Asimismo, con el fin de comprender la forma en que el poder político opera por medio de la ley, necesitamos considerar no sólo dos únicas normas sino la estructura más compleja de todo el sistema. Kelsen ha descrito esta estructura como una jerarquía que es al mismo tiempo estática y dinámica.

Una jerarquía estática es aquella en la cual una norma de rango más bajo es válida si, y solo si su contenido se adecúa al de otra norma más general y elevada. Existen varias concepciones posibles de tal conformidad, pero se piensa habitualmente que no resulta exigible que componga una relación lógica donde la norma más baja sea deducida de la más alta, sino que es suficiente con que el contenido de la norma inferior pueda quedar subsumido bajo la norma superior o simplemente que no la contradiga.

Una jerarquía dinámica es aquella en la que una norma inferior es válida si, y sólo si ha sido producida de acuerdo con el procedimiento establecido y por la autoridad prefijada en otra de carácter superior.

Existen, asimismo, varias concepciones de “validez”. Para algunos teóricos del Derecho es sinónimo de “obligatoriedad”, y en tal caso “vinculatoriedad” algunas veces se refiere a una obligación moral de obedecer la norma, y otras a una obligación jurídica pura, así como también al rasgo de una norma que pertenece al sistema, resultando entonces sinónimo de “pertenencia” (Ross, 1961: 149-166). Norberto Bobbio (1960) ha sostenido con tino, así, que la teoría kelseniana de la jerarquía normativa ha conllevado una perspectiva completamente nueva: en lugar de definir el Derecho como una colección de normas jurídicas -lo cual exige una definición imposible de la única norma jurídica como un mandato respaldado por la amenaza o como un juicio hipotético-, la norma jurídica es definida o identificada por el sistema del cual forma parte. Una norma es de carácter jurídico cuando pertenece al sistema del Derecho, y pertenece al sistema jurídico cuando es un elemento de la jerarquía



estática y dinámica. Esta es la razón por la cual no puede existir algo como una norma jurídica inválida y la explicación sobre porqué la validez no es un asunto de grados: o estamos ante una norma jurídica que es válida o no estamos en absoluto ante una norma. Pero la pregunta sobre la validez debe quedar claramente distinguida de aquella de la aplicabilidad: el hecho de que una situación concreta dada debiera ser regulada por una norma más que por otra no significa que la primera resulte válida y no así la segunda.

De ello se sigue que un acto determinado, ya sea una decisión judicial, un mandato de un funcionario, un contrato o un matrimonio, son válidos cuando alguien a quien así le ha sido autorizado por la norma más elevada ha ejercido la potestad o el derecho de producirla y cuando no es contrario a aquéllas o a otra norma más alta (sustantiva). ¿Cómo averiguar que nos encontramos ante tal supuesto? Cuando la autoridad que realiza el acto afirma que es válido y no existe otra autoridad que desafíe tal afirmación con éxito. Si resulta impugnada, esto ocurrirá sobre la base de que la autoridad inicial no ha sido autorizada para producir el acto o que se ha excedido en sus potestades o que el acto es contrario a alguna norma sustantiva superior.

La ausencia de jerarquía normativa en la Edad Media

En la Edad Media no hay jerarquía normativa es el sentido arriba descrito, aunque empezara a tomar forma a final del período.

Durante sus primeros siglos hay una jerarquía, pero se trata de una de carácter personal y corporativo, en ningún caso normativa. El rey es sólo un señor de grado superior y de tipo feudal. Debe respetar la libertad de sus vasallos y carece de poder sobre los feudatarios de sus vasallos. Sus, por otra parte, poco habituales normas, exigen el consejo y consentimiento de los barones⁵.

Todavía más tarde, y hasta el siglo XV, no hay un sistema jurídico del que podamos hablar. Es cierto que existen normas, que el rey aprueba algunas leyes y que los historiadores hablan de renacimiento del poder legislativo en el siglo XII. Pero sin embargo, el término ley no resulta adecuado para tal coyuntura: una ley es una regla general y el rey no dispone del monopolio para producir leyes; otras autoridades, como los barones, los tribunales o algunas ciudades pueden dictar también normas generales y no existe una jurisdicción específica para cada una de tales autoridades, así que varios sujetos pueden dictar normas sobre la misma materia. Asimismo, en la teoría medieval adjudicar no sólo implica entrar en casos específicos, sino también dictar reglas generales al margen del litigio (Rigaudière y Gouron, 1988: 9). Además, las leyes del rey no son necesariamente generales y las mismas vías y procedimientos podían ser utilizados para dictar decisiones particulares, como nombramientos o regalías (Krynen, 1988: 131 ss.). Se encuentra ausente una característica añadida de la legislación moderna: la de que pueda tener cualquier contenido sustantivo. Asimismo, en la Edad Media no sólo resultan raras las leyes del rey, sino que tampoco interfieren en lo que llamaríamos hoy “Derecho privado”, que pertenece enteramente al terreno de la costumbre (Giordanengo, 1989: 12).

No existe el principal rasgo del Derecho en el Estado moderno: hoy lo percibimos como la expresión de la voluntad, no de la razón. Ciertamente, el poder legislativo del rey resulta justificado por máximas del Derecho romano que parecen presuponer una potestad unilateral, “princeps legibus solutus est...” y “quod principi placuit legis habet vigorem”. Sin embargo, en aquella época estas fórmulas no

⁵ La palabra “*beneplicium*” resulta explícitamente mencionada en una ordenanza de 1155, véase Saint-Bonnet y Sassier (2011: 170).

configuran símbolos del absolutismo. El rey no es *solutus* de las reglas morales y religiosas, que en cualquier caso resultan difíciles de distinguir de las jurídicas, y en consonancia el rey debe actuar de forma acorde con la razón. Las máximas, así, no resultan interpretadas nunca como confiriéndoles poder para actuar a su libre albedrío (Rigaudière, 2003: 50). Hasta finales del siglo XIII la obligatoriedad del Derecho no deriva del carácter unilateral de la decisión real, sino que se asimila a una relación contractual -los barones rinden juramento al monarca (Rigaudière, 2003: 229 ss.)-. Tal cosa queda reflejada en prácticas y procedimientos. El propio lenguaje del rey no implica que intente imponer su propia voluntad (Rigaudière, 1988: 214). De hecho el Derecho Romano tampoco había respaldado antes una supuesta autoridad absoluta del príncipe (Tierney, citado por Pennington, 1993).

Ciertamente, la perspectiva de que las máximas romanas no concedían al rey un poder absoluto no resultan aceptadas por todos los historiadores. Así, Krynen (1988: 132) escribe que la “sumisión total al Derecho divino y al Derecho natural no limita de ninguna manera la discreción total del rey al engendrar Derecho positivo”. El rey aprueba el Derecho *ex certa scientia*, lo cual significa que es totalmente consciente de que puede encontrarse actuando contra la ley establecida. Para Krynen esto implica que la decisión real de elaborar una nueva ley resulta justificada, no por su conformidad con la razón, sino por su libre voluntad. Sin embargo, el argumento no resulta convincente: no sería asumible que aquella razón fuera sólo el conocimiento de las leyes o costumbres existentes. Es también conocimiento sobre la adecuación o inadecuación de la norma consuetudinaria a cierto estado de cosas. Si el rey legisla *contra jus*, esto se debe sólo a que sabe *ex certa scientia* que la costumbre existente resulta contraria a la razón (Saint-Bonnet y Sassier, 2011: 212). Justifica su decisión por afirmar, no que ejerce así su voluntad, sino que la sustancia de la decisión es racional. De hecho el rey utiliza muy raramente el argumento de que su voluntad es la que conforma el Derecho y la frase “car tel est notre plaisir” sólo sería utilizada a finales del siglo XV (Duccini y Hermann, 2000; De Mas-Latrie, 1881: 560-564).

La expresión “jerarquía normativa” que es utilizada algunas veces por los historiadores resulta errónea en este contexto. Se refiere al hecho de que, en caso de conflicto, algunas normas resultan elaboradas para prevalecer sobre otras por motivo de su materia o por razón de sus diferencias en el procedimiento para derogarlas. Pero esta relación es del tipo arriba descrito como un orden horizontal de preferencias.

Y lo más importante, la legislación no es una forma normal de gobierno. Las leyes son raras y los reyes prefieren frecuentemente actuar mediante otros sistemas distintos a la aprobación de reglas generales y permanentes, e incluso cuando las aprueban, las leyes no están en lo alto de la jerarquía y no constituyen la base de la validez o la obligatoriedad de todas las demás normas⁶.

Es cierto que los historiadores algunas veces hablan de jerarquía normativa en el siglo XIV cuando describen las leyes fundamentales del reino, como la ley sálica, que asimilan a una norma constitucional (Rigaudière, 1997: 83 ss.). En apoyo de esta idea se refieren a expresiones utilizadas por los contemporáneos, tales como “constitución” o “la primera ley de Francia”, que revelarían una voluntad de ubicar tal norma en el nivel más alto. Sin embargo, aquellas normas son muy diferentes a lo que es una constitución en un Estado moderno: han sido establecidas por una larga práctica y no pueden resultar alteradas a voluntad; regulan el modo de sucesión al trono -en este sentido son constitutivas-, pero no definen las potestades de las distintas

⁶ “Dans la politique édictale de Louis XI, les interventions qui ressortissent indéniablement à la législation côtoient ainsi des formes différentes de normativité. La généralité et la permanence qui caractérisent la loi moderne n'apparaissent pas comme les critères les plus adéquats pour analyser la pratique normative” (Martin, 2009: 206).

autoridades y tampoco las del monarca, y en esta época medieval no pueden ser utilizadas como argumentos para evaluar otras normas.

Finalmente, todas las normas no resultan formar parte de un solo sistema normativo. En la Edad Media coexisten varios. Incluso si el orden del monarca hubiera tenido algún tipo de estructura jerárquica y se asemejara a otro de carácter moderno, encontraríamos junto a él también al Derecho canónico, junto con los usos y el Derecho emanado de interpretaciones judiciales (Krynen, 1993; Weidenfeld, 2001; Rigaudière, 2003; Beaud, 1994). Sólo más tarde estos diversos sistemas quedarán integrados en uno, cuando el Derecho canónico o la costumbre sean aplicables al amparo de una autorización explícita o implícita del rey (Martin, 2009: 313).

La emergencia de la jerarquía normativa en el siglo XVI

Por contra, presenciamos la estructuración de una jerarquía a principios del siglo XV y en el XVI. Tal jerarquía resulta construida tanto desde arriba como desde abajo.

Desde arriba, obviamente la legislación juega el papel principal. Otros factores de la construcción del Estado, como la centralización administrativa, un sistema de tribunales, impuestos y ejércitos, son por sí mismos productos de la legislación.

Desde abajo, porque aquellos que producen normas locales o particulares las justifican invocando no sólo la moral, la religión o la tradición, sino también una norma superior cuyo rastro puede conducir finalmente al monarca. Este es el supuesto de administradores, tribunales y autoridades locales.

La creación de la jerarquía normativa desde arriba

La legislación no produce un sistema jerárquico normativo solamente porque consista en reglas generales, sino sólo porque tales reglas autorizan directa o indirectamente la producción de todas las demás, regulan su contenido y constituyen la única base para su validez. Esto ocurre cuando mediante la legislación otras fuentes quedan integradas dentro del sistema jurídico. Naturalmente, lo que estaremos describiendo aquí no es una realidad empírica. La jerarquía normativa no es un fenómeno empírico. Cuando decimos que las normas son objetivamente válidas porque descansan en una ley en última instancia, solamente nos referimos al argumento de que son válidas en tal sentido. Asimismo, ésta es precisamente la afirmación realizada por el monarca. El argumento puede o no ser exitoso y su éxito no depende ni sólo ni tampoco principalmente de su calidad, sino de las relaciones de poder, pero resulta suficiente reconocer que se halla en el mejor interés del monarca emplearlo y algunas veces en el de los demás actores aceptarlo.

La fuente más importante a integrar es la costumbre. A finales de la Guerra de los Cien Años, en 1453, Carlos VII aprueba la ordenanza de Montil-les Tours, con el fin de que todas las costumbres del Reino queden reunidas y escritas. Este no es un mero intento de hacer más accesibles las normas consuetudinarias, ni es -contrariamente a lo que algunos historiadores del último siglo han sostenido erróneamente- un reconocimiento por el monarca de reglas locales preexistentes y una renuncia a ejercer su propia potestad legislativa⁷. Por el contrario, esta actuación implica que desde ese preciso instante las costumbres serán obligatorias, no por razón de ser antiguas, sino porque el rey ha ordenado que sean aplicadas. La ordenanza prohíbe expresamente “a todos los abogados del reino invocar o proponer otras costumbres que aquellas

⁷ Esta perspectiva ha sido criticada por Krynen (2000). Véase también Grinberg (1997: 1017-1038).

escritas y concedidas”⁸.

La justificación oficial es la necesidad de limitar la falta de certeza en la adjudicación y aligerar los procesos judiciales, pero la verdad es que la transcripción hará las normas del rey la única fuente del Derecho. Que sea escrita es evidencia de la existencia y la sustancia de una costumbre, pero también asignará la autoridad del Derecho a las costumbres. Domat hará hincapié en el siglo XVII en que “en un Estado que se halla sujeto a un soberano, las costumbres sólo son establecidas e instituidas por la autoridad” (citado por Krynen, 2000). Desde ese instante, al menos en principio, no habrá más un orden autónomo de normas consuetudinarias, sino que el Derecho consuetudinario será un subsistema del orden jurídico unificado. Así, en caso de conflicto entre un estatuto (una ley proveniente del rey) y una costumbre, prevalecerá la primera. Por poner un ejemplo: el Derecho consuetudinario permitía al marido y a la mujer legarse sus posesiones; de otro lado, había una ordenanza real de 1650, prohibiendo a las viudas dar o legar a su segundo marido -siendo su propósito el de proteger a los niños nacidos de las primeras nupcias-; el Tribunal de París decidió aplicar la ordenanza y no la norma consuetudinaria. Un comentarista contemporáneo explicó que una ordenanza es una ley general de Francia que las costumbres no pueden derogar y con respecto a la cual ningún francés puede excusar su cumplimiento por no haber podido conocerla⁹.

Es cierto que la ordenanza de Montil-les-Tours no cobró vigencia de manera inmediata, pero sí que fue seguida pronto por otras. Particularmente sorprendente es la ordenanza de Carlos VIII de 1499, que manda que en el proceso de su transcripción las costumbres debían interpretarse y si fuera necesario modificarse. Este proceso tomará lugar durante el siglo XVI y será mantenido hasta la Revolución.

Lo que resulta notable es que, con la integración del Derecho consuetudinario y del Derecho eclesiástico en un sólo sistema normativo, el control completo del Derecho privado se encuentre indirectamente bajo ley parlamentaria. La integración del Derecho privado resulta de esta manera un elemento importante en la construcción de la jerarquía normativa desde un doble punto de vista. Primero, si el Derecho privado resulta regulado directamente por una ley del monarca, hay una jerarquía entre esa ley y las normas creadas por los individuos, como los contratos o testamentos, pero la jerarquía normativa también existe cuando el Derecho privado resulta regulado por la costumbre, porque en este caso resulta regulado indirectamente por la legislación, ya que la costumbre sólo es válida sobre la base de la ley del rey. Así, la única diferencia entre una decisión judicial que aplica una ordenanza y otra que aplica una norma consuetudinaria es la de que tenemos otro nivel más en la jerarquía normativa, entre la legislación y los tribunales. Esta diferencia resulta asimismo mínima y percibimos legislación que manda al mismo tiempo aplicar tanto ordenanzas como costumbres.

En términos kelsenianos, ahora tendemos a disponer de una jerarquía con tres niveles: ley parlamentaria, costumbre y decisiones judiciales. La jerarquía es tanto dinámica como estática. Resulta dinámica porque el nivel más alto, la ordenanza o ley parlamentaria, ha mandado la transcripción y modificación de las costumbres. La que cuenta como costumbre es la que ha sido transcrita de acuerdo con las ordenanzas reales. Es estática porque la costumbre vinculará sólo si su contenido no choca con el contenido de una ordenanza –asimismo algunas ordenanzas han abolido costumbres consideradas irrazonables- y porque el contenido de las decisiones judiciales deben derivar de normas consuetudinarias.

⁸ Citado en Sève (1985: 126). El texto completo se halla en Isambert (T. ix: 252-253).

⁹ “L’ordonnance est une loi générale de la France à laquelle les coutumes ne peuvent déroger et nul des français ne peut excuser de l’ignorer” (Charondas le Caron, 1596: 207).

De otra parte, en el nivel más bajo se encuentran las normas elaboradas por individuos particulares sobre la base, bien de leyes parlamentarias, como testamentos o contratos, bien de Derecho consuetudinario, cuando no hubiera leyes parlamentarias. La costumbre puede ser aún fuente del Derecho, pero las leyes del rey son la fuente de la costumbre.

La segunda fuente a integrar en la legislación es la normativa realizada por el juez. El monarca desarrolla gradualmente un sistema de Tribunales reales que adquieren un cuasi-monopolio de la adjudicación. Así, en 1539, y mediante la ordenanza de Villers-Cotterêts, Francisco I limita la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos sobre los laicos a aspectos que pertenezcan exclusivamente a asuntos espirituales como los sacramentos. En esa misma ordenanza ofrece a los señores feudales comprar la potestad de administrar justicia (Lebigre, 1988: 39). Se sostiene además que cuando disponen de ella tal cosa ocurre sólo por delegación del rey y cuando él delega el poder a los señores locales esto no se considera un ejercicio de aquel derecho en completa discrecionalidad, sino sólo en nombre del señor soberano¹⁰.

En 1566, la ordenanza de Moulins limita estrictamente la jurisdicción de los tribunales de las ciudades a asuntos de orden público. Las ordenanzas reales que establecen el procedimiento civil y penal dejan claro que el poder de los tribunales deriva del Rey. Los tribunales penales y civiles son considerados también delegados del monarca. Aun cuando los jueces poseen sus propias funciones (porque las han comprado o heredado) y cuando las mantengan a perpetuidad, son aún delegados, porque precisamente la regla de la perpetuidad ha sido establecida por el rey y él es quien ordena la aplicación de ordenanzas y costumbres (Sève, 1985).

El rey ejerce su control sobre las decisiones judiciales mediante diversos sistemas. Uno es el de atraer un caso pendiente ante un tribunal y decidirlo en su Consejo. El otro es el procedimiento de casación, que a día de hoy es una característica esencial del sistema jurídico francés. La casación es diferente de la apelación. No es una disputa entre las partes, al modo de lo que acaece ante tribunales menos elevados, sino un conflicto entre la decisión de un tribunal más bajo y el ordenamiento. No incluye un nuevo examen de los hechos del caso, sino sólo razonamiento jurídico sobre la base de que el Derecho ha sido violado (Godin, 2010: 19-36). Si el tribunal más bajo ha aplicado incorrectamente el Derecho o una costumbre, el rey puede revocar la decisión.

Puede ser advertido un movimiento similar dirigido a integrar los tribunales en su sistema jurídicos de otros países distintos a Francia, como por ejemplo Inglaterra o Alemania (Brand, 2000: 133; Holmes, 2000: 315; Nehlsen von Stryk, 2000: 165).

Así, una decisión judicial se convierte en un tercer nivel en la jerarquía normativa: es válida tanto desde un punto de vista dinámico (porque ha sido elaborada por un tribunal actuando como delegado del rey, dentro de los límites de sus potestades, y de acuerdo con las normas de procedimiento establecidas por la ley) y desde un punto de vista estático porque su contenido no debe ser contrario al Derecho superior.

Por ejemplo, la carta de la Compañía de las Indias Occidentales, creada por Colbert en 1664, incluía una previsión ordenando el nombramiento de jueces. Estos jueces estaban “obligados a decidir casos siguiendo las leyes y ordenanzas del reino”.

¹⁰ “les seigneurs ont puissance d’établir juges et officiers sur leurs terres, mais ils la tiennent du souverain qui la leur a communiquée”, señala Loyseau en *Discours de l’abus des justices de village*, (citado por Sève, 1985).

Sobre la base de la misma premisa, funcionarios de la Corona estuvieron también sujetos a seguir y adecuarse a la costumbre de París, que regularía además los contratos suscritos por particulares. Ni a los funcionarios ni a los individuos les fue permitido introducir alguna nueva costumbre, y ello con el fin de evitar disparidades.¹¹

Cuando los tribunales dictan decisiones invocan estar aplicando una norma superior, ley o costumbre, siguiendo lo previsto en otra ley. Naturalmente, cuando no existe una ley los juristas citan las fuentes católicas del Derecho romano, pero cuando existe aquella norma los juristas utilizan el mismo tipo de razonamiento filosófico que más tarde sería teorizado por Kant y que predomina aún hoy y las técnicas de interpretación se asemejan a aquellas que todavía ahora son utilizadas respecto a las leyes (MacCormick y Summers, 1991). Por ejemplo, sobre la ordenanza de 1560 que prohíbe a la viuda legar a su segundo marido, un jurista se pregunta si tal prohibición es aplicable en el supuesto de que los menores nacidos del primer matrimonio hayan fallecido todos. Opta por contestar en sentido afirmativo empleando tres argumentos. El primero resulta extraído del silencio de la ordenanza: “nuestro príncipe no sostiene que tales donaciones o legados resulten nulos”. El que viene después es un argumento por analogía: las donaciones al segundo marido resultan válidas si la viuda no tiene hijos de su segundo matrimonio; si sus vástagos han muerto, la situación varía con respecto al supuesto de la norma. Y el tercer argumento resulta deducido de la intención del legislador o de la función de la regla: ésta resultó aprobada sólo bajo la perspectiva del mejor interés de los menores, que en el caso no viven ya (Charondas le Caron, 1596: 218).

Lo que se ha dicho de la costumbre se sostiene también respecto al Derecho eclesiástico. Fue una fuente autónoma del Derecho, pero pasó luego a quedar integrada en el sistema jurídico y se convirtió en obligatoria, no por razón de la autoridad el Papa o el Concilio, sino por la autoridad del rey y en la medida en que no chocara con las ordenanzas reales.

Así, la ordenanza de Villers-Cottêret de 1539 ordena a los sacerdotes mantener el registro de bautismos y limita la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos. La ordenanza de Blois de 1579 regula en detalle la organización de la iglesia, en particular la designación de obispos, arzobispos y abades y determina las diversas edades en que los sacerdotes deben ser ordenados. De otro lado, en un intento de limitar el número de matrimonios clandestinos, que perjudican la conservación de las propiedades familiares, regula las ceremonias nupciales: los sacerdotes estaban obligados, bajo penas muy serias, a enviar aviso, guardar un registro matrimonial, inquirir sobre el consentimiento de los padres y celebrar el matrimonio sólo en presencia de cuatro testigos. Un matrimonio no era válido si tales condiciones no quedaban satisfechas. Dichas reglas fueron más allá de las aprobadas en el Concilio de Trento (1565) y un matrimonio que podía ser válido bajo el Derecho canónico, que sólo exigía el consentimiento, podía ser así inválido bajo la ordenanza (De Boutaric, 1745; Dauchy y Demars-Sion, 2005: 431). Más genéricamente, el Derecho canónico fue aplicable sólo al amparo de la autorización explícita o implícita del monarca (Duccini y Hermann, 2000; Martin, 2009: 313).

Particularmente interesante resulta el caso de la simonía. La iglesia ha estado condenando el crimen de simonía (vender o comprar beneficios espirituales o sacramentos). La ordenanza de Blois ordena a los obispos perseguir ese crimen y dar

¹¹ Art. 34. “Seront les juges établis en tous lesdits lieux, tenus de juger suivant les loix et ordonnances du royaume; et les officiers de suivre et se conformer à la coutume de prévôté et vicomté de Paris, suivant laquelle les habitans pourront contracter, sans que l’on y puisse introduire aucune autre coutume, pour éviter la diversité”. La carta ha sido reproducida en Pauliat (1887: 221). Véase Fioravanti (2012).

jurisdicción en parte a tribunales seculares en vez de a tribunales eclesiásticos para decidir sobre tales temas. Así, tal y como con la costumbre, las decisiones de los obispos y los tribunales, aun cuando aplican la ley canónica, se hallan basadas indirectamente en el Derecho secular.

Es fácil advertir cómo el rey toma ventaja de estos avances. No sólo tiene un monopolio de la producción de reglas generales, sino que no resulta forzado a producir leyes que profundicen en los detalles, algo que podría ser técnicamente difícil o políticamente demasiado ambicioso porque encontrara resistencia. Puede elegir ahora entre acoger fuentes previamente autónomas, como la costumbre, delegar en autoridades menos elevadas o autorizar discrecionalidad en el proceso de aplicación. Como señala correctamente Bernard Guenée (1968: 744-758), la centralización normativa no es el enemigo de la descentralización y la descentralización no era un obstáculo para la construcción del Estado. De hecho ocurrió lo contrario: por aceptar la creación de parlamentos provinciales, el rey conseguía dos objetivos: establecía su autoridad sobre tales parlamentos, que ejercían un poder delegado y aplicaban sus leyes, y ganaba en las provincias aceptación política para su autoridad.

La creación de una jerarquía normativa desde abajo

Los tribunales pueden también contribuir a la creación de una jerarquía, lo que quizás incremente su poder, a causa de la necesaria flexibilidad de la que gozarán en el proceso de adjudicación, particularmente porque tengan que interpretar el Derecho. Una ley no es otra cosa que palabras sobre el papel. No es una norma jurídica hasta que resulta interpretada de manera que aparezca el significado de tal regla. El legislador produce ese significado, obviamente, pero como Kelsen puso de relieve, se trata sólo uno de carácter “subjetivo”. Su significado “objetivo” sólo puede ser suministrado por el sistema jurídico en su conjunto. Como resulta de sobra conocido, en la teoría kelseniana un texto o cualquier acto humano tienen el significado objetivo de una norma cuando han sido realizados de acuerdo con otra superior. Asimismo, en el modelo realista el significado objetivo es otorgado por la autoridad que, en el proceso de aplicación, interpreta el texto, decidiendo así qué significado tiene una norma jurídica, su naturaleza, su nivel en el sistema y lo que contiene (Troper, 2001: 69 ss.). Muy frecuentemente, pero no siempre, esa autoridad es un tribunal. Una vez el tribunal ha creado la norma y la ha aplicado, tal norma es la base de la validez de otra inferior, por ejemplo, de la decisión judicial.

Tal y como Kelsen y los realistas han sostenido, la interpretación es una función de la voluntad, así que el intérprete “auténtico” disfruta de una extensa (algunos sostendrían que completa) discreción. Cuando ejercen su poder de interpretación, los tribunales crean, manipulan y mantienen la jerarquía de dos maneras.

Primero, al interpretar un texto como receptor de significado de manera que deba aplicarse a un caso, crean la norma. Uno quizás piense que la supremacía del Derecho se pierde entonces a causa de la potestad interpretativa del tribunal y que tal era el peligro adecuadamente percibido por los legisladores. Así, Luis XIV prohibió expresamente en 1667 la interpretación y ordenó que cualquiera que fuera la duda respecto al significado del Derecho, la pregunta debería dirigirse a él¹². Estaba reformulando sólo una regla originalmente perteneciente al Digesto de Justiniano,

¹² Ordenanza civil de 1667: “Si dans les jugemens des procès qui seront pendans en nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l’exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter: mais voulons qu’en ce cas elles aient à se retirer”. Véase Alvazzi del Frate (2000; 2008; Dauchy y Demars-Sion, 2005).

pero también parte del Derecho canónico, expresado con la máxima “*ejus est interpretari legem cujus est condere*”. Idéntica regla fue reproducida más tarde en la ley más importante sobre el poder judicial aprobada al comienzo de la Revolución¹³. El temor que se hallaba detrás de la prohibición, y que era compartido por los juristas de muchos sistemas diferentes, resultaba ser el de que los tribunales pudieran sustituir con sus propias preferencias las del legislador, de forma que fueran ellos los verdaderos reguladores.

Asimismo, resulta virtualmente imposible aplicar un texto sin interpretarlo y los tribunales nunca tuvieron la intención o siquiera la capacidad de evitar la interpretación. Sin embargo, contrariamente a lo que uno podría pensar, el proceso de interpretación no revoca la jerarquía. Es verdad que podría sostenerse que la ley suprema no se corresponde con el texto aprobado por el monarca, sino con la norma que proviene de la interpretación del texto y que abarca un significado determinado por el tribunal, y ello hasta el punto de que en lugar de construir una jerarquía, el poder de interpretación parecería originar el efecto opuesto, dado que la ley sería, de este modo, creada por el tribunal.

Sin embargo, lo que sucede es que se mantiene la supremacía del Derecho, pero entendida de forma diferente: una jerarquía normativa no es necesariamente una relación entre normas formuladas por distintas autoridades. Tal jerarquía puede existir también entre normas creadas por la misma autoridad cuando una de ellas sea utilizada como un argumento para justificar y asegurar la validez de otra distinta. Esta es la auténtica jerarquía que existe más allá de la aparente. Otorga a los tribunales un poder que es tan amplio como disimulado (Di Donato, 2010).

El segundo modo de construir una jerarquía es decidir que un texto o una práctica tienen el significado de cierta norma jurídica y determinar su nivel en la jerarquía.

Un ejemplo clásico en el Derecho contemporáneo francés es el de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789. Después de su aprobación no fue considerado como un conjunto de normas obligatorias, sino más bien como el sustrato filosófico de la agenda política. No fue hasta 1971 que el Consejo Constitucional decidió que era una norma jurídica, que formaba parte de la Constitución y que vinculaba al Parlamento (aunque no al pueblo que votara en referéndum nacional).

Sin embargo, los parlamentos habían hecho en Francia algo parecido al comenzar el siglo XVI, distinguiendo entre normas que el rey podía modificar y aquellas que no podía tocar, intentando así crear un nivel superior nuevo en la jerarquía. En 1586, en un discurso dirigido al rey, De Harlay, el Primer Presidente del Parlamento parisino, declaró: “tenemos, señor, dos clases de leyes: la primera son las leyes y ordenanzas de los monarcas, las segundas las normas del reino que resultan inmutables e inviolables y por las cuales vuestro ascendido ha ascendido al trono. En efecto, debe observar aquellas leyes del reino que de otro modo, si fueran violadas, podrían poner en cuestión su propio poder” (Saint-Bonnet y Sassier, 2011: 276). Las leyes que el monarca no podía modificar eran principalmente normas sobre sucesión al trono e inalienabilidad del dominio real. Fueron predominantemente de carácter consuetudinario, pero algunas resultaron ratificadas por ordenanzas reales. En todo caso, la distinción implicaba que algunas de esas normas inmodificables quedaban elevadas a un nivel legislativo superior, de modo que los Parlamentos podían ejercitar control judicial sobre la legislación ordinaria cotejando las ordenanzas reales con aquellas leyes fundamentales (Di Donato, 2003; 2010).

¹³ La ley aprobada durante la Revolución fue la de 16 y 24 de agosto de 1790.

Aunque el rey combatió esos intentos parlamentarios de invalidar sus leyes, reconoció el principio de que había algunas leyes que eran inmutables. Un poco antes de su muerte, en 1714, Luis XIV, cuyo único legítimo heredero era Luis XV, un niño frágil de cuatro años, decidió reconocer a sus bastardos y declarar que podían ascender al trono en caso de que no hubiera príncipe legítimo. Esta medida resultó ser claramente una violación de la ley sálica, de una de las leyes fundamentales. Inmediatamente después de su fallecimiento la declaración resultó derogada, y no por los tribunales, sino por el regente y en forma de un edicto del nuevo monarca, el joven Luis XV, quien proclamaría que “me satisfacen las leyes fundamentales, y ello por desposeerme con acierto de la facultad de alienar el dominio real... acepto complacido el no poder disponer libremente de la Corona” (Mousnier, 1980: 503; Halévy; 2009).

Algunos historiadores han afirmado recientemente que estas normas inmutables del reino fueron equivalentes a una constitución moderna, así que el control parlamentario de las ordenanzas reales podría ser interpretado como antecesor del control judicial (Mestre, 1992: 21; Renoux-Zagamé, 2003; Di Donato, 2003; Saint-Bonnet, 2000: 7-20). Esta perspectiva pierde de vista el aspecto importante de que una constitución moderna expresa la voluntad de un poder constituyente y resulta siempre modificable, mientras que las leyes fundamentales fueron en su mayor parte consuetudinarias e inmodificables aun por el soberano. Asimismo, conviene subrayar que el asunto importante aquí fue el de que los tribunales creaban un nivel superior de normas.

La estructuración del sistema jurídico y la jerarquía normativa pueden explicar así el origen del concepto moderno de soberanía.

3. Soberanía

Resulta común la idea de que la Soberanía es un rasgo esencial del Estado. Esta definición clásica es precisamente la razón por la que quienes han sostenido hace poco que los Estados han perdido su soberanía o que ha quedado limitada, califican tales eventos como declive del Estado (Cassese, 2002; Van Creveld, 1999; Fioravanti, 2001)¹⁴. Esta es también la razón por la cual la mayoría de los historiadores que defienden la perspectiva de que el Estado ha nacido en la Edad Media se ven impelidos a afirmar que el rey ya ejercía la soberanía desde tiempo bastante más atrás que aquel en el que Bodino acuñara su teoría.

Emplean para ello varios argumentos. Algunos descansan en cierta terminología. La mayoría de los historiadores están de acuerdo en que la palabra “soberanía” sólo apareció en el siglo XVI, pero otros acentúan que el adjetivo “soberanía” referente a una autoridad es más antiguo o que, aunque el sustantivo “soberanía” no fuera utilizado hasta el siglo XVI, otros términos tales como *maiestas*, *potestas absoluta*, *summa potestas*, o *imperium*, suministraban idéntico significado o al menos parte de él. Otros afirman que algunos de los términos eran empleados antes del siglo XVI, transmitiendo el mismo significado que la soberanía o al menos parte de él. Otros mantienen, incluso que, aun si en el lenguaje de la Edad Media no había término equivalente de manera exacta al de soberanía, el tipo de poder ejercido en la época podía ser descrito sin embargo y sin error como soberano. En orden a probar este punto se ven obligados a apoyarse en una noción de soberanía que resulta anacrónica forzosamente. De la misma forma que algunos de ellos utilizan la definición de Weber del Estado cuando analizan el Estado medieval, otros emplean un concepto más tardío de soberanía, y que es por lo general de carácter bodiniano, cuando examinan el sistema jurídico del Medievo. Sin embargo, cuando observamos el

¹⁴ En contra Troper, 2010.

nacimiento del Estado moderno no podemos considerar verificado que Bodino inventara de una vez y definitivamente toda la teoría moderna de la soberanía. Necesitamos una auténtica teoría moderna que pueda suministrar un metaconcepto. Una vez hayamos definido ese metaconcepto, podemos preguntarnos entonces si encajan los conceptos que podemos encontrar en la Edad media, y más tarde en los siglos XVI y XVII.

Antes de ir más allá, acentuemos un importante punto que podría ser infravalorado fácilmente: la soberanía es una teoría del Derecho. Es parte de la realidad sólo en la medida en que la teoría y el lenguaje son parte de la realidad, pero no más. De ello se sigue que para una comunidad política o un Estado ser soberano significa disponer de ciertas capacidades jurídicas, no de un auténtico poder político, económico o militar, así que no podemos verificar la teoría de que el monarca era soberano en la Edad Media solamente mostrando que no ejerció poder efectivo sobre tal o cual grupo o tal o cual parte de su reino, o que estaba obligado a buscar el consentimiento de algunos súbditos.

Asimismo, como teoría del Derecho, no existe sólo en un mundo de ideas y el hecho de que algún pensador haya avanzado algunos elementos de una teoría de la soberanía en un instante temporal determinado no es suficiente para que podamos decir que la soberanía “existió” en ese momento. Existe sólo en tanto en cuanto los argumentos de la teoría son aquellos que cuentan como elementos válidos para justificar decisiones dictadas por actores del sistema.

Podemos así identificar la soberanía cuando encontramos sujetos usando conceptos derivados de una teoría de la soberanía. La teoría moderna que puede suministrar los metaconceptos necesarios es la ya mencionada de Carré de Malberg, que divide la noción de soberanía en tres acepciones.

En su sentido original la palabra “soberanía” alude al rasgo supremo del poder estatal. En un segundo sentido, se refiere a todo el abanico de los poderes incluidos en la autoridad estatal y resulta ser así sinónimo de autoridad. En tercer lugar, es empleado para caracterizar la posición ocupada dentro del Estado por el órgano más alto, y en tal sentido soberanía equivale a poder de ese mismo órgano (Carré de Malberg, 2003 [1920]: 79).

Carré de Malberg hace hincapié en que la lengua francesa resulta pobre y que contiene sólo un término para aquellas tres acepciones de soberanía. Lo mismo podría afirmarse de la inglesa. Sin embargo, la lengua alemana posee tres términos, uno para cada sentido. *Souveränität* corresponde a la soberanía en el primer sentido, a saber, el rasgo supremo del Estado en el nivel internacional así como en el doméstico. *Staatsgewalt* es el poder del Estado en el segundo sentido. *Herrschaft* es el poder de dominación de un órgano. Carré de Malberg creyó que estas tres distinciones podían ayudarnos a descubrir la “verdadera naturaleza” de la soberanía (*Ibid.*: 86). Tal creencia quizás parezca ingenua, pero sin embargo la distinción es útil para clarificar unas preguntas tradicionalmente problemáticas.

Una de ellas es la de si resulta posible dividir la soberanía. Sobre la base de la distinción de Carré es fácil advertir que la soberanía en el tercer sentido, la cualidad del órgano más alto del Estado, es asimismo indivisible, porque tan pronto como uno la divide entre varios órganos, ninguno sería entonces el superior¹⁵. En otro plano, si la soberanía en el segundo sentido es un abanico de poderes que pueden ser ejercidos por el Estado, resulta perfectamente divisible. Incluso resulta posible separarlos según

¹⁵ Asimismo, varios órganos podían ejercer la soberanía de modo conjunto; véase abajo.

materias (poder de declarar la guerra, control de la moneda, administrar justicia, etc.), tal y como Pufendorf (1796) hizo con las *partes potentiales*, o bien por el tipo de actos jurídicos que resultan necesarios para ejercerlos (como la legislación, la ejecución y la adjudicación). La separación de poderes es precisamente una división de la soberanía en este sentido.

De la misma forma, tales distinciones ayudan a comprender por qué algunas decisiones que usan el concepto de soberanía, y que parecen incompatibles o contradictorias, pueden ser simultáneamente ciertas. Así, en la época de Carré de Malberg, durante la Tercera República francesa, era posible contestar a la pregunta de quién era el soberano con una de estas tres respuestas: “el Estado francés es el soberano”, “el Parlamento francés es el soberano”, y “la legislación es un poder soberano”. En la primera sentencia, la soberanía se refiere al rasgo supremo del poder estatal, que es la capacidad para intervenir en el nivel internacional e interferir con otros soberanos, o dominar la iglesia u otra institución. En la segunda aseveración la soberanía es una cualidad de un órgano del Estado y en la tercera proposición es uno de los poderes que el Estado podría desempeñar.

Sin embargo, la distinción de Carré de Malberg no acoge lo suficiente algunas afirmaciones que encontramos en el discurso constitucional y político. Tómese como ejemplo, “el soberano es el pueblo francés”, o, “la soberanía pertenece al pueblo”¹⁶. Tal proposición obviamente no significa que el pueblo francés sea el Estado y que actúe de hecho en un nivel internacional, ni que ejercite un poder de dominación y tampoco, desde luego, que por sí solo pueda ejercer un abanico de potestades. Estas proposiciones no se refieren a realidad alguna y son empleadas sólo para justificar otras: a saber, que en el discurso jurídico francés “la soberanía pertenece al pueblo” se utiliza durante la Tercera República para justificar que “el Parlamento es soberano” o que “la ley es soberana”. Esto significaba que el parlamento ejercía una soberanía que no era de su propiedad, sino que pertenecía al pueblo y que era ejercida en su nombre, o que las leyes parlamentarias expresaban la voluntad general, a saber, la voluntad del soberano, y que eran por tanto de carácter supremo. En este contexto, y cuando resulta atribuida al pueblo, la “soberanía” es utilizada en una cuarta acepción: se refiere a la cualidad de una entidad en cuyo nombre algún poder, en cualquiera de sus tres sentidos, resulta ejercido. Asimismo, la teoría de la soberanía implica generalmente una distinción entre la esencia y el ejercicio de la soberanía. A causa de la jerarquía normativa, lo que resulta imputado al soberano no es sólo legislación o decisiones en asuntos internacionales, sino también cada acto aislado, realizado presumiblemente en virtud de una delegación. Esto es por lo que, por ejemplo, la justicia es administrada en los países europeos “en nombre” del pueblo francés, italiano, o alemán como si fuera “en el nombre del rey”. Así, a los tres conceptos de Carré de Malberg debemos añadirles un cuarto: la doctrina de la soberanía es un principio de imputación. Un soberano en esta acepción es la entidad que se presume posee la esencia de la soberanía ejercida por otros en su nombre, y que por tanto resulta ser el autor, directo o indirecto de toda norma del sistema.

Empleando esta distinción entre cuatro diferentes conceptos de soberanía, podemos advertir que como sea que la soberanía en la Edad Media es discernible sólo en dos de ellos, será únicamente en el siglo XVI cuando exista en todas las acepciones citadas.

La ausencia de la soberanía en la Edad Media

Algunos de los historiadores franceses de la Edad Media que afirman haber

¹⁶ Constitución de 1958, art 3.

descubierto la soberanía en esa época no carecen de prejuicios ideológicos, que en todo caso pueden variar. Uno es la voluntad de huir de la influencia de los estudiosos jurídicos alemanes del siglo XIX mientras se insiste en el origen francés de la teoría y se contrasta el autoritario Estado alemán con el más “moderado” Estado francés, porque el segundo estaba sometido a la moralidad o al Derecho natural o porque el monarca francés reinaba con el consejo y asentimiento de los barones o los tribunales, de forma que el “*État de droit*” puede parecer, no sólo más antiguo, sino también más liberal que el “*Rechtsstaat*” (Barret-Kriegel, 1986). Obviamente, quienes siguen este sendero deben encontrar una forma de explicar cómo la soberanía, que resulta definida como poder sin sujeciones, podía sin embargo quedar encadenada.

Algunos de tales historiadores contraponen tal sistema político con los que se consideraban verdaderamente tiránicos. Esta actitud no resulta limitada a los historiadores medievales y la podemos encontrar también en los textos de los cronistas del absolutismo. Así, un famoso historiador del Ancien Régime, Roland Mousnier, rechaza que la monarquía absoluta fuera verdaderamente tal, escribiendo que bajo el reino de Luis XVI, “los derechos de los súbditos, sus libertades, franquicias y privilegios, eran parte de un campo protegido. Todas estas garantías fueron destruidas por la Revolución. Los auténticos gobiernos absolutistas fueron luego donde la voluntad del legislador, la voluntad de la mayoría, vino a ser la ley suprema, sin garantía alguna para el ciudadano”¹⁷.

Estos autores se apoyan implícitamente en la teoría bodiniana de que el soberano se halla vinculado al Derecho natural y parecen asumir la falacia lógica de que si el rey era llamado soberano en la Edad Media y considerado como sometido al Derecho natural, entonces disfrutaba de la soberanía en un sentido bodiniano.

En realidad, en la Edad Media el adjetivo “soberano” fue aplicado, no sólo al rey, sino también a cualquier autoridad suprema que pudiera tomar una decisión en última instancia, como los barones o tribunales, y que no dispusiera de superior. De hecho resulta utilizado aún en este sentido débil en la lengua francesa y en relación con tribunales superiores como el de casación o el Consejo de Estado, que dictan decisiones firmes, e incluso en el supuesto de un tribunal de profesores universitarios, que también resulta llamado soberano porque los grados reconocidos por él no pueden ser revisados.

A final de la Edad Media la palabra “soberano” tuvo también un significado más fuerte: el soberano ejercía *Herrschaft* o dominación. Asimismo, nadie afirmaba en esa época que esto implicara el *Staatsgewalt* o poder ilimitado de decidir mediante la legislación o de otra forma acerca de los asuntos humanos y de manera que fuera la única fuente del Derecho (Quaritsch, 1986: 34)¹⁸. Aunque el rey comenzó gradualmente a ejercer poderes similares a los del emperador de Roma - particularmente el poder de dictar leyes generales y de administrar justicia-, sólo pudo legislar sobre ciertas materias y no tuvo un monopolio de la legislación o del poder judicial.

Como ya hemos visto, la legislación no fue enteramente una expresión de la voluntad real y los asuntos humanos fueron regulados en su mayor parte, no por el monarca, sino por la costumbre, los tribunales o el Derecho canónico.

¹⁷ “Les droits des sujets, leurs libertés, franchises et privilèges forment un secteur protégé. Toutes ces garanties furent détruites par la Révolution. Les vrais régimes absolus furent les régimes postérieurs où la volonté du législateur, la volonté de la majorité devint la loi suprême, sans aucune garantie pour les citoyens”(Mousnier, 1980: 515).

¹⁸ Quaritsch habla de “über die Unmöglichkeit ‘mittelalterlicher’ Souveränität”.

Y lo más importante es que desde el momento en que no había un solo orden normativo, tampoco todas las decisiones eran imputadas en última instancia a la voluntad del rey. Asimismo, la mayoría de las normas, como en el caso de las de carácter consuetudinario, no podían ser imputadas a la voluntad de nadie. Como ya Thomas (1991: 385) escribió sobre la república romana, “no podía existir soberanía - imputación de todas las decisiones de un solo centro- en un sistema donde los poderes de todo órgano descansaban en un fundamento autónomo”. Así que la soberanía en el sentido pleno de la palabra no existió hasta el siglo XVI.

La soberanía en la Edad Moderna

Desde el siglo XVI en adelante, la soberanía está mucho más cerca del análisis de Carré de Malberg y corresponde a las cuatro acepciones. En primer lugar, y como fuera en el supuesto de la Edad Media, el monarca afirma poseer un poder supremo en el sentido de que no existe otro por encima de él, así que ni el emperador ni el Papa podrían producir legislación de carácter vinculante en el reino sobre asuntos temporales.

En segundo lugar, y también en la Edad Media, el monarca era la autoridad más alta en el reino. En consecuencia, no resulta sorprendente que las expresiones latinas utilizadas para la soberanía fueran las mismas que en el período medieval, ya fueran *summa potestas* para Grocio o *majestas* para Bodino. Pero tales términos, al mismo tiempo, habían transmitido solamente la idea de una superioridad relativa y no de una absoluta supremacía, y no implicaban que el portador de aquella *potestas* o *majestas* tuviera del poder de hacer cualquier cosa (*Ibíd.*)¹⁹.

Lo que es distinto de la Edad Media entonces es el tipo y abanico de poderes que el rey pasa a ejercitar. Ahora los términos adquieren nuevos significados y el poder real se extiende a todos los asuntos humanos. Hemos señalado además que en el período medieval la legislación del monarca no abordaba el Derecho privado, que quedaba abandonado así a las costumbre o al Derecho Canónico, pero en el siglo XVI percibimos algunas leyes importantes, como la ordenanza de Blois de 1579 sobre el matrimonio, y que en asuntos eclesiásticos la ordenanza de Villers-Cotterêt de 1539 mandaba a los sacerdotes registrar los bautismos y también ordenaba el uso de la lengua francesa en actos oficiales en lugar del latín, o la ordenanza de Moulins de 1566 sobre la justicia, que mandaba asimismo que las donaciones entre individuos particulares fueran registradas en los tribunales o que las ciudades suministraran comida para el pobre. Como Loyseau escribe, “es difícil redactar de forma fiable un listado de los derechos de la soberanía, debido a que los filósofos antiguos nunca los mencionaron, porque en su tiempo las soberanías no habían quedado claramente establecidas”²⁰. Es difícil ahora, no por falta de literatura, sino porque apenas puede uno elaborar una lista de elementos que sobrepasen ciertos límites. Después de la Revolución, los redactores de constituciones entenderán que desde que la soberanía es el poder de legislar en todos los asuntos posibles, una lista quedaría sin uso y por ello es suficiente concebir un procedimiento para ejercer ese poder. Cualquier posible materia cae dentro de la jurisdicción del legislador, dada la previsión de que aquél regula mediante legislación aprobada formalmente y de acuerdo con el procedimiento previsto.

Entre los asuntos regulados por las leyes reales, la religión es particularmente significativa, puesto que todo texto que aborde la soberanía o el Derecho público,

¹⁹ Acerca de *summa potestas* véase Van Gelderen (2002: 195 ss.).

²⁰ “il est malaisé de coter assurément les droits de souveraineté, pour ce que les anciens philosophes n’ont en presque point parlé à cause que de leur temps les souverainetés n’estoient pas bien nettement établies” (Loyseau, 1608: 49).

empezando por la obra de Bodino, tiene largas listas de poderes que abarcan aquélla, y organizados por materias. La novedad de este concepto de soberanía descansa precisamente en el hecho de que el soberano sostiene -y es asimismo definido por- el poder de intervenir en cualquier campo (Sève, 1985), incluyendo la religión o la propiedad de los súbditos.

Finalmente, la cuarta acepción de la soberanía, la imputabilidad, también aparece en el siglo XVI. Antes tal idea había sido inconcebible a causa de la pluralidad de órdenes normativos, pero ahora las instituciones no se hallaban separadas así y todas las posibles normas legales eran bendecidas finalmente por el monarca o por una autoridad explícitamente o implícitamente delegada por él para hacerlo. La imputabilidad resulta ser simplemente una expresión de la jerarquía normativa.

Es de notar que el concepto de imputación puede referirse tanto a la atribución de un rasgo o una acción a una persona como a la relación entre dos normas. Kelsen (1973: 154 ss.) explica que en realidad hay una sola conexión. Si un crimen resulta imputado a una persona, resulta considerada legalmente comisora de un delito y se le puede sancionar por ello. Esta relación no es de carácter causal, porque no es necesariamente el caso que cuando alguien ha cometido un crimen sea necesariamente castigado. Es una relación creada por una norma que establece que si alguien ha cometido un crimen, entonces debería ser castigado. Relacionaría así dos elementos, “si x, entonces debería ser y”, conformando la denominada estructura interna de la norma²¹.

De esto último se sigue que el mencionado análisis ayuda también a caracterizar la estructura de todo el sistema normativo, porque una norma más elevada autorizando a alguien a producir otra más baja puede ser leída de forma que “si la autoridad x dicta una decisión, entonces esa decisión es válida normativamente”, de la cual derivaría la aserción de que “si un tribunal encuentra que una de las partes contratantes no consiente, entonces debería declarar nulo el contrato”. La relación entre la norma más elevada y la menos relevante es una de carácter similar a la existente entre el crimen y la sanción y podemos decir que la norma menos elevada es imputada a la más alta y ésta a otra norma que se encuentra aún más arriba. Al final son todas indirectamente imputadas a las normas más altas y a sus autores, quienes, no habiendo sido autorizados por cualquier otra norma superior, se presumen que configuran el soberano.

4. La jerarquía normativa y la soberanía.

La soberanía aparece así como un concepto que va a encontrarse donde quiera que exista una jerarquía normativa que resulte entendida como producto de la voluntad.

Puede ser identificada por analogía con la teoría kelseniana de la *Grundnorm*. Es bien sabido que para Kelsen la validez de toda norma se encuentra basada en otra más elevada, que a su vez está aupada sobre una más alta y así sucesivamente, hasta que se alcanza la norma más prominente del sistema. Dado que esta última es la más importante, no hay otra en la que pueda estar basada a su vez y si no resulta válida no puede servir para la validez de las demás. Esta es la razón por la que tenemos que asumir que aquella norma superior es válida sólo si a su vez se apoya en la *Grundnorm* que establezca que “la norma más elevada resulta válida”. Todos somos perfectamente conscientes de que no hay tal norma y de que Kelsen no pretende que

²¹ “Ce sont deux faits qu’unit l’un à l’autre l’imputation juridique: non pas l’acte créateur de droit et la conduite conforme au droit, mais le fait que l’ordre juridique érige en condition et le fait qu’il érige en conséquence” (Kelsen, 1999 [1962]: 144).

exista. Por el contrario, nos dice que es una ficción. Pero esta ficción es necesaria porque sin acudir a ella no podríamos tratar una norma como válida.

Asimismo, la teoría kelseniana descansa en una ontología normativa, al concebir las normas como entidades ideales que no son ni pueden ser producidas por la voluntad, porque pertenecen a la esfera de “deber”, como sea que la voluntad es un hecho y pertenece a la esfera del “ser”. La validez de una norma sólo puede estar basada a su vez en otra, y no en un hecho. Cuando una autoridad aprueba una norma, esa norma no es válida por razón de la voluntad en juego, sino sólo porque la norma más elevada que apoderó a esa autoridad ha prescrito que es válida y obligatoria. Kelsen fue capaz así de evitar la imputación de la *Grundnorm* a una voluntad.

Pero el sistema normativo del siglo XVI francés descansa en una ontología muy diferente, heredada del Derecho romano, y que supone que la ley es una expresión de la voluntad²². En tal caso, cualquier decisión o norma del sistema es válida porque ha sido aprobada por una autoridad delegada o autorizada por otra norma jurídica, pero ésta a su vez expresa también la voluntad de alguna entidad que no ha sido delegada por poder terrenal alguno (Martin, 2009). Al igual que con la *Grundnorm*, debemos asumir así que tal entidad (sea el pueblo, el rey o una aristocracia), posee una cualidad inherente que le capacita para producir Derecho sin haber sido autorizada. Esta cualidad es la soberanía.

De esta forma, lo que resulta sorprendente es que los juristas asuman tal premisa fácilmente. La soberanía no ha sido inventada por Bodino u otro cualquiera, como tampoco Kelsen inventó la *Grundnorm*, no hasta el punto de que estuviese ausente del Derecho positivo. El autor austríaco afirmó que era una premisa para cualquier jurista que se propusiera abordar cuál era el Derecho válido y que él tan sólo la había desvelado.

Asimismo, Bodino no inventó la soberanía porque tampoco describió el Derecho positivo, dado que no existió correspondencia entre su concepción de la legislación y las prácticas del siglo XVI (*Ibid.*). Ni especificó los procedimientos argumentativos de su época. Más bien lo suyo fue una teoría interpretativa en el sentido dworkiniano: lo que hizo fue descubrir el mejor argumento para justificar el poder de la entidad a la cual eran imputadas todas las normas del sistema, el argumento que resultaba asumido por todo el proceso normativo, y hacer que pudiera ser reconocido. Y tal fue el de que aquella entidad era soberana y poseía una cualidad divina.

El argumento de que la soberanía implicaba el monopolio del poder había sido descubierto por el monarca antes de la República bodiniana. Por ejemplo, en el edicto de Moulins de 1566 había justificado una prohibición de elevar impuestos para cualquier autoridad, advirtiendo que “obrar de otra manera supondría ignorar nuestra autoridad y majestad”²³.

Aquello fue utilizado con energía después de la publicación de la obra de Bodino, tanto por el monarca como por sus consejeros o súbditos que le urgían a aprobar legislación nueva. Así, los Estados Generales de 1614, con el fin de convertir al monarca y al reino en independientes de la iglesia, declararon que “desde que el rey resulta reconocido como soberano en su Estado y posee su Corona sólo por la gracia de Dios, ningún poder sobre la tierra, sea espiritual o terrenal, tiene derecho alguno sobre su Reino ni sobre la sagrada persona de nuestros monarcas, ni de dispensar a

²² Alchourrón y Bulygin (1979, 1981).

²³ Art. 25.

sus súbditos de la fe y obligaciones que les deben” (citado por Courtine en Robinet , 1985: 91 ss.).

Los reyes reclamaron expresamente aquella cualidad divina. Ya durante la celebración de la boda entre Arturo Tudor y Catalina de Aragón en 1501, la figura de uno de los pajes, que aparecía vestida como un dios, había sido recreada para asemejarse al monarca Enrique VII (Penn, 2011:60), y Jacobo I, que había leído a Bodino, insistió en el famoso discurso dirigido al Parlamento de 1609 en que “los Reyes no son sólo los únicos lugartenientes de Dios sobre la tierra, y que se sientan sobre el trono divino, sino que incluso son llamados dioses por el propio Dios”, una idea expresada más tarde por un Bossuet que les decía ante el tribunal “vosotros sois dioses”²⁴.

Uno de los puntos fuertes de la teoría bodiniana es que funciona bien tanto si el portador de la soberanía es el monarca como si lo es el pueblo o una mera abstracción, si la soberanía deriva de la delegación divina, tal y como sucede con el rey, o si se encuentra basada en la naturaleza del soberano, como ocurre en el supuesto del pueblo. Esto se debe a que la cualidad divina del monarca no es relativa a su virtud personal, sino sólo a la naturaleza de su poder. No es su cualidad divina la que le hace soberano, sino la soberanía la que le convierte en un dios.

Esta es la razón por la cual la teoría de la soberanía, a pesar de sus concomitancias con el derecho divino de los reyes, resulta esencialmente secular. El rey soberano no es la persona que se halla en el trono, sino la institución. Uno de los signos más claros del papel secularizador de la teoría de la soberanía es el cambio en la coronación. Ya en el siglo XIII, Felipe III se había convertido en rey después de la muerte de su padre y sería coronado sólo unos años más tarde. Así que no fue ni el juramento que ofreció ni el ungimiento los que le hicieron monarca. Sin embargo existía aún ungimiento con el aceite de la “sainte ampoule”, basado en el modelo de la ordenación de obispos, y que le otorgaba durante la Edad Media su cualidad carismática. Sólo después de haber sido ungido era capaz de realizar milagros y sanar al enfermo sufridor de “écrouelles”, una forma de tuberculosis que afectaba la piel, una escrófula, simplemente tocándoles.

Sin embargo, al final de aquel período no necesitó afirmar su cualidad carismática más y la fórmula que usaba cuando tocaba la piel cambió. En lugar de decir “el rey te toca, Dios te sana”, Luis XV dijo, “el rey te toca, Dios te permita sanar” (Mousnier, 1979; 625).

Que hay necesidad, por motivo de la jerarquía normativa, de utilizar el argumento de la soberanía como un principio de imputación, se desprende claramente de las luchas del siglo XVIII entre el monarca y los Parlamentos. Los Parlamentos reclamaron el derecho a rechazar el registro de las ordenanzas reales cuando chocaran con su interpretación de las leyes fundamentales del reino. Como hemos visto, fue un intento de extender la jerarquía creando un nuevo nivel sobre el monarca. Dado que empleaban amplia discreción en la interpretación de leyes fundamentales, fue un medio de participar en el ejercicio del poder legislativo, pero sin admitirlo. Asimismo, aunque esta interferencia en el legislativo fue disfrazada como control judicial, la idea de que el poder real podía ser controlado fue difícil de reconciliar con la doctrina de que el monarca era soberano. La forma más eficiente de intentar tal reconciliación fue señalando que, desde el momento en que los Parlamentos eran delegados por el soberano, siempre que ejercían control sobre el monarca actuaban

²⁴ “Vous êtes des dieux encore que vous mourriez, et votre autorité ne meurt pas... l’homme meurt, il est vrai, mais le roi, disons nous, ne meurt jamais. L’image de Dieu est immortelle” (Bossuet, 1982: 64).

en nombre del propio rey²⁵. Cuando rechazaban el registro de una ley no se oponían al deseo del monarca, pues éste era tan sólo la voluntad aparente del individuo que se encontraba en el Trono, no la auténtica voluntad del rey como institución. La voluntad real quedaba así expresada por el Parlamento. De esta forma, quedaba preservada la unidad del sistema y esta solución conllevaba dos beneficios añadidos. Suministraba una posible respuesta a la pregunta “¿por qué no puede el monarca, si es soberano, cambiar las leyes fundamentales del reino?”. La respuesta podía ser la de que “el monarca como individuo no puede, pero el rey como institución podría sin duda, pero gracias a los Parlamentos es lo suficientemente sabio como para no hacerlo”. Por otro lado, aporta una solución al problema de los controles al poder del soberano. La dificultad descansa en la idea de que si un soberano es controlado no es realmente soberano. La solución es reemplazar la idea de controles externos, tales como aquellos que se encontraban en varias instituciones como la iglesia, los cuerpos intermedios, o los tribunales, por controles internos que formen parte integrada del soberano. La soberanía permanece así sin sujeción, pero cada uno de sus componentes queda limitado. Este tipo de solución es el principio medular del gobierno constitucional.

5. Conclusión

La tesis de que el Estado, y en particular, su elemento constitutivo principal, la soberanía, emerge de resultas de la jerarquía normativa, se enfrenta a varias objeciones posibles. Dos se hallan fuertemente entrelazadas: primero, no queda explicada en qué forma se produjo el avance formidable del poder monárquico, resultado en realidad de varios factores sociales, políticos, religiosos o económicos, y en segundo lugar, tampoco puede explicarse por qué la jerarquía normativa creció en Francia y no -o no en el mismo grado- en otras partes de Europa; por qué se reprodujo una monarquía absoluta en Francia y no en Inglaterra. Sin embargo, mi tesis no pretende describir la organización política actual o efectiva, sino sólo el tipo de argumentación que caracteriza al Estado. Esta respuesta no debería ser una sorpresa. Cuando hablamos de los Estados en el Derecho Internacional y cuando los describimos como soberanos, llamamos Estado a cualquier entidad, tanto a China como los Estados Unidos o Mónaco o Andorra, que encaja con la definición, sin considerar su tamaño, fortaleza o capacidad actual para actuar independientemente. Lo mismo resulta cierto de la jerarquía normativa en los siglos XVI y XVII. El monarca quizás encuentre resistencia de otras instituciones. Incluso puede que fracase completamente en imponer su voluntad. Sin embargo, permanece el hecho de que asevera que los tribunales han sido autorizados por él, que son sus tribunales, que deberán aplicar sus leyes, que puede revocar sus decisiones o que los matrimonios han de ser celebrados de acuerdo con sus normas. La jerarquía normativa es un tipo de argumento que uno realiza acerca de la razón por la que una norma es válida o vinculante y que resulta acogido por diversas autoridades. Puede resultar más o menos exitoso, pero el hecho de que esté siendo utilizado es una prueba de la existencia de un sistema normativo. De manera similar, la existencia de una jerarquía normativa conduce al argumento de que hay un soberano, bien haya sido erigida por él mismo o bien por otra autoridad. El argumento puede entenderse como persuasivo o no. Pero queda el hecho de que está siendo utilizado, a diferencia de lo que ocurría en sistemas políticos previos, donde distintas clases de argumentos eran extraídos del Derecho canónico, la costumbre o las relaciones feudales, por aquellos que deseaban imponer su autoridad. El poder que está siendo ejercido a través de la defensa de una jerarquía normativa y de la existencia de un soberano puede ser identificado así como el Estado.

²⁵ Véanse los trabajos de Francesco Di Donato mencionados previamente.

Uno podría hallarse de acuerdo con que quizás exista alguna relación causal entre el desarrollo de una jerarquía normativa y la emergencia del concepto de soberanía y de todos modos rechazar que la primera haya producido al segundo. Pues la verdad apunta en sentido contrario, siendo el soberano quien produce la jerarquía normativa, por ejemplo, cuando el rey manda la publicación de costumbres, elabora reglas sobre el matrimonio u ordena la aplicación de ordenanzas por los tribunales. Naturalmente, el monarca necesitaba poderes para imponer su voluntad, pero no debe confundirse poder soberano del rey y soberanía, ni tomarse demasiado en serio la idea de que el rey “es” soberano. La soberanía no es una cualidad al modo de la fuerza física, la inteligencia o el prestigio, todos ellos capacidades del monarca. Es sólo un argumento que éste resulta impelido a inventar con el fin de justificar lo que hace, a saber, producir una jerarquía. El Estado como forma política aparece precisamente cuando el tipo de normas y las relaciones entre ellas resultan justificados por el concepto de soberano.

Bibliografía

- ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. (1979), *Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia.
- ALCHOURRÓN C. Y BULYGIN, E. (1981), “The Expressive Conception of Norms”, en HILPINEN, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, D. Reidel Publishing, Dordrecht.
- ALVAZZI DEL FRATE, P. (2000), L'interpretazione autentica nel XVIII secolo: divieto di interpretatio e riferimento al legislatore nell'illuminismo giuridico, G. Giappichelli, Torino.
- ALVAZZI DEL FRATE, P. (2008), “Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789”, *Revue Historique de droit français et étranger*, Núm. 2, pp. 253-262.
- BARRET-KRIEGEL, B. (1986), *Les chemins de l'Etat*, Calmann-Lévy, París.
- BEAUD, O. (1994), *La puissance de l'Etat*, PUF, París.
- BOBBIO, N. (1960), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Torino.
- BRAND, P. (2000), “La formation du système juridique anglais, 1150-1400”, en PADOA-SCHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, PUF, París.
- BOSSUET, J.B. (1825), “Troisième sermon pour le Dimanche des Rameaux, prêché devant le roi. Sur les devoirs des rois”, en *Œuvres complètes*, Vol. 4, Beaucé-Rusand, París.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (2003 [1920]), *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Vol. I, Dalloz, París.
- CHARONDAS LE CARON, L. (1596), *Responses du droict François, confirmées par arrests des cours souveraines de France et rapportées aux loix Romaines...*, Thomas Soubron, Lyon.
- CHÉNON, É. (1926-1929), *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*. Tome 1, Sirey, París.
- COURTINE J.-F. (1985), “L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique”, en MÉCHOULAN, H., *L'Etat baroque: regards sur la pensée politique de la France du premier XVIIe siècle*, Vrin, París.
- DE BOUTARIC, F. (1745), *Explication de l'Ordonnance de Blois*, Gaspard Henaut et Jean-François Forest, París.
- DAUCHY, S. y DEMARS-SION, V. (eds.) (2005), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, La mémoire du droit, París.
- DI DONATO F. (2003), *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

- DI DONATO, F. (2010), *La rinascita dello Stato - Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna.
- DI DONATO F., (2011), "La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée", *Quaderni costituzionale*, Núm. 4, pp. 895-926.
- DUCCINI, H. y HERMANN, C. (2000), *Textes et documents: les monarchies française et espagnole du milieu du XVIe siècle à 1714*, Editions du Temps, Paris.
- DE MAS-LATRIE, L. (1881), "De la formule « Car tel est notre plaisir » dans la chancellerie française", en *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tomo 42, pp. 560-564.
- CASSESE S. (2002), *La crisi dello stato*, Laterza, Roma-Bari.
- VAN CREVELD, M. (1999), *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FIORAVANTI, M. (2001), "Sovereignty and Constitution. The European Model in the late nineteenth and the early twentieth century", en CAZZANIGA, G.M. y ZARKA Y.C. (dir.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Tomo II, Edizioni ETS – Vrin, Pisa – Paris.
- DUMAS, A. (1956), *Chicot the jester*, Collins, Londres.
- GENET, J.-P. (1997), "La genèse de l'État moderne", *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 118, pp. 3-18.
- GIORDANENGO, G. (1989), "Le pouvoir législatif du roi de France (XIe-XIIIe siècles): travaux récents et hypothèses de recherche", en *Bibliothèque de l'école des chartes*, Tomo. 147, p. 283-310.
- GODIN, X. (2010), "La procédure de cassation au XVIIIe siècle". *Histoire économie & société*, Vol. 2010, Núm. 3, pp. 19-36.
- GRINBERG, M. (1997), "La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux: nommer, classer, exclure", *Annales. Histoire, Sciences Sociales*. Año 52, Núm. 5, p. 1017-1038.
- GUENÉE, B. (1968), "Espace et État dans la France du bas Moyen Âge", *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Año 23, Núm. 4, p. 744-758.
- HALL, J.A. (ed.) (1994), *The State. Critical Concepts*, Routledge, Londres y New York.
- HAY, C., LISTER, M., MARSH, D. (eds.) (2006), *The State. Theories and Issues*, Palgrave MacMillan, New York.
- HOLMES, C. (2000), "Les instruments juridiques du pouvoir et l'Etat dans l'Angleterre du début de l'époque moderne", en PADOA-SCHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, PUF, Paris.
- KELSEN, H. (1973), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing, Dordrecht/Boston.
- KELSEN, H. (1999 [1962]), *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris.
- KELSEN, H. (1928), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, J.C.B. Mohr, Tübingen,
- KRYNEN, J. (1988), "« De nostre certaine science... » Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française", en RIGAUDIÈRE, A. y GOURON, A. *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Socapress, Montpellier.
- KRYNEN, J. (1993), *L'empire du roi; idées et croyances politiques en France XIIIè-XVè siècle*, Gallimard Paris.
- KRYNEN, J. (2000), "Entre science juridique et dirigisme: le glas médiéval de la coutume", *Cahiers de recherches médiévales*. Disponible en línea: <http://crm.revues.org/892>. Revisado el 13 de febrero de 2013.
- KRYNEN, J. (2009), *L'état de justice: France, XIIIe-XXe siècle., L'idéologie de la magistrature ancienne*, Tomo 1, Gallimard, Paris.

- LEBIGRE, A. (1988), *La justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Éditions Complexe, Paris.
- LOYSEAU, C. (1608), *Traité Des Seigneuries*, Abel l'Angelier, Paris,
- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R.S (eds.) (1991), *Interpreting statutes. A comparative Study*, Aldershot, Dartmouth.
- DAVID, M. (1996), *La souveraineté du peuple*, PUF, Paris.
- MARTIN, F. (2009), "Jean Bodin et les forms", *Études d'histoire du droit offerts à Albert Rigaudière*, Economica, Paris.
- MARTIN, F. (2009), *Justice et législation sous le Règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, LGDJ, Paris.
- MESTRE J.-L. (1992), "L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les maximes du droit public français (1775)", Association française des historiens des idées politiques, *Actes du Colloque de Toulouse, 11-12-13 avril 1991, Etat et pouvoir, l'idée européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- SAINT-BONNET, F. (2000), "Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel?", *Droits*, Núm. 32, pp. 7-20.
- MOUSNIER, R. (1980), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Vol. 1, PUF, Paris.
- HALÉVY, R. (2009), "La déconstitution de l'Ancien Régime. Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire", *Jus Politicum*, Núm. 3, Disponible en línea: <http://www.juspoliticum.com/La-deconstitution-de-l-Ancien.html>. Revisado el 13 de febrero de 2013.
- MOUSNIER, R. (1979). *The institutions of France under the absolute monarchy, 1598-1789*. University of Chicago Press, Chicago.
- NEHLSSEN VON STRYK, K. (2000), "Centralisation de la justice et formation d'une hiérarchie judiciaire dans l'Etat du début de l'époque moderne : l'exemple de la principauté de Hesse", en PADOA-SCHIOPPA, A. (dir.), *Justice et législation*, PUF, Paris.
- PAULIAT, L. (1887), *La politique coloniale sous l'Ancien Régime d'après des documents empruntés aux archives coloniales du Ministère de la marine et des colonies*, Calmann Levy, Paris.
- FIORAVANTI, M. (2012), "Le préjugé de la couleur; François-André Isambert et l'administration de la justice aux Antilles françaises pendant la Restauration", *Cahiers Poitevins d'Histoire du Droit*, Núm. 4, pp. 113-151.
- PENN, T. (2011), *Winter King. The Dawn of Tudor England*, Penguin, Londres.
- PENNINGTON, K. (1993), "Laurentius Hispanus and Pro ratione voluntas", in *Popes, Canonists, and Texts 1150-1550*, Variorum, Aldershot.
- PUFENDORF, S. (1706), "Livre VIII: Où l'on traite des principales parties de la souveraineté", *Le droit de la nature et des gens, traduit du latin par Jean Barbeyrac*, Chez Henri Schelte, Amsterdam.
- QUARITSCH, H. (1986), *Souveränität: Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland von 13 Jh. bis 1806*, Duncker & Humblot, Berlín.
- RENOUX-ZAGAMÉ M.-F. (2010), "Juger la loi au nom du droit naturel: fondements et portée du contrôle des Parlements de la monarchie", *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Disponible en línea: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-28/juger-la-loi-au-nom-du-droit-naturel-fondements-et-portee-du-controle-des-parlements-de-la-monarchie.52716.html>. Revisado el 13 de febrero de 2013.
- RENOUX-ZAGAMÉ, M.-F. (2003), *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, Paris.
- RIGAUDIÈRE, A. (1997), "Pratique politique et droit public dans la France des XIVème et XVème siècles", *Archives de Philosophie du droit*, Vol. 41, pp. 83-114.

- RIGAUDIÈRE A. (2003), *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Age. XIIIe-XVe siècle*, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, Paris.
- RIGAUDIÈRE, A. y GOURON, A., (1988), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, Socapress, Montpellier.
- ROSS A. (1961), *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, Departamento de Publicaciones, Buenos Aires.
- ROSS A. (1992 [1961]), "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", en JORI, M. (ed.), *Legal Positivism*, Aldershot, Dartmouth.
- SAINT-BONNET, F. (2000), "Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel", *Droits*, Núm. 32, pp. 7-20.
- SAINT-BONNET, F. (2001), "Le Parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIIIème siècle)", *Droits*, Núm. 34, pp. 177-197.
- SAINT-BONNET, F. y SASSIER, Y. (2011), *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, Paris.
- SEARLE, J.R. (1969), *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SÈVE, R. (1985), "Le discours juridique dans la première moitié du XVIIème siècle", en MÉCHOULAN, H., *L'État baroque : regards sur la pensée politique de la France du premier XVIIe siècle*, Vrin, Paris.
- THOMAS, Y. (1991), "L'institution de la majesté", *Revue de Synthèse*, Núms. 3-4, pp. 331-386.
- TROPER, M. (2001), *Le droit, la théorie du droit, l'État*, PUF, Paris.
- TROPER M. (2010), "The survival of sovereignty", en KALMO, H. y SKINNER, Q. (eds.), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present, and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press, Cambridge.
- VAN GELDEREN, M. (2002), "Aristotelians, Monarchomachs and Republicans: Sovereignty and *respublica mixta* in Dutch and German Political Thought, 1580-1650", en SKINNER, Q. y VAN GELDEREN, M. (eds.), *Republicanism and constitutionalism in early modern Europe*: Cambridge University Press, Cambridge.
- WEIDENFELD, K. (2001), *Les origines médiévales du contentieux administratif, XIV-XVè siècles*, De Boccard, Paris.
- WILKS, M.J. (1963), *The problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge.