

NOTAS SOBRE PODER Y ORDENAMIENTO

RAFAEL DE ASIS ROIG

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TÓPICA Y SISTEMA.—III. ALGUNAS JUSTIFICACIONES DEL PODER Y DEL DERECHO.—IV. LAS FUNCIONES MÍNIMAS DEL PODER Y DEL DERECHO.—V. LA REPERCUSIÓN DE LA RELACIÓN PODER-ORDENAMIENTO EN EL CONCEPTO DE «ESTADO DE DERECHO».

I. INTRODUCCION

La relación entre el Poder, entendido en sus dos formas predominantes, es decir, tanto en sentido político (en el que se incluiría la perspectiva social y ética) como jurídico, y el Ordenamiento es de significativa importancia dentro de la Teoría del Derecho. Así, no es extraño que este tema ocupe normalmente unas páginas de todos los manuales, que sea objeto de estudio de numerosos artículos y que constituya uno de los apartados del plan de estudios de la asignatura «Teoría del Derecho». Por otro lado, también es objeto de tratamiento en aquellos trabajos que se refieren a problemas tales como el de la validez, la eficacia o incluso la unidad del Derecho. El estudio y la comprensión de esta materia permite responder a preguntas importantes a la hora de buscar un concepto y de descubrir el sentido que el Derecho tiene, así como para determinar su papel y sus fines en relación con la sociedad.

El análisis de la conexión entre Poder y Ordenamiento, como el de los distintos problemas relacionados con la Teoría del Derecho, puede hacerse desde diversos planteamientos. En este sentido, en una temática como ésta, la reflexión histórica parece apropiada como medio para descubrir el sentido y los distintos matices que, a lo largo del tiempo, ha tenido esta relación. No obstante, en este trabajo no vamos a tomar como referencia a la historia de forma principal, aunque sí nos apoyaremos en ella. Trataremos de destacar el papel que desempeña el Poder en relación con el Derecho, señalando si de

alguna manera puede justificarse esta relación y de qué forma se proyecta en conceptos tales como validez o unidad.

II. TOPICA Y SISTEMA

Estos problemas, como ya he dicho, pueden ser abordados inicialmente desde una visión histórica. La dimensión histórica es indispensable para la comprensión de las interrelaciones que hay entre las teorías políticas y los sistemas jurídico-políticos, entre las ideologías políticas y su plasmación y entre el pensamiento, la acción política y las normas jurídicas (1). Aunque, como ya he anunciado, no vamos a realizar un estudio de la misma, sí parece necesario recalcar que a través de ella pueden destacarse dos concepciones significativas en la relación entre Poder y Derecho: la concepción tópica y la sistemática. La elección de una de ellas matiza las respuestas a las preguntas que pueden surgir en este estudio y ayuda a una mejor comprensión del problema.

La visión tópica aparece en la cultura romana cuando el *ius civile* se hace insuficiente y surge el *ius honorarium* y el *ius gentium*. Con esta transformación, la figura del jurista adquiere relevancia y tendrá en principio dos facultades: el *ius edicendi* y el *ius respondendi*. Así, la ciencia del Derecho en la Roma clásica utiliza el razonamiento tópico. Los juristas se enfrentan con un problema en cada caso concreto, combinando su conocimiento teórico con la intuición:

La visión sistemática puede decirse que tiene su origen primitivo cuando Euclides de Alejandría escribe *Elementos matemáticos* y elabora un sistema deductivo que parte de definiciones y axiomas. Pero comienza verdaderamente a ser importante en el tránsito a la modernidad, frente al intento de los glosadores de hacer el análisis del Derecho como problema. Así, la aproximación al Derecho se hace con los métodos de la geometría y las matemáticas. En este sentido destaca la obra de Vico *Ciencia nueva*, donde se expresa la existencia de unos «principios de la humanidad de las naciones», de donde manan todas las ciencias, disciplinas y artes» (2).

En la cultura jurídica del sistema prima la ley, y así la misión de los juristas será, en un principio, la de aplicar el Derecho sin añadir nada. En el ámbito de esta cultura es donde se asume la relación entre Derecho y Poder.

(1) Véase F. E. OPPENHEIM, *Ética y Filosofía política*, traducción de A. Ramírez Araiza y J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 9.

(2) Véase G. VICO, *Ciencia nueva*, trad. de J. Carnet, Ed. Colegio de México, pp. 6 y 7.

Estas dos posiciones en el siglo XIX se empezarán a acercar (3) desde diversos planteamientos. Sobre todo en lo que se refiere a la concepción sistemática, que es la que nos interesa en este punto, por la constatación de la existencia de lagunas en el Derecho y, por tanto, de la posibilidad de la llamada creación judicial del Derecho. La primacía de la visión sistemática supone que sólo desde ella se puede realizar un verdadero estudio de la relación Derecho-Poder; sólo desde ella va a ser posible, de forma conjunta, unitaria y coherente, la incorporación al Derecho de ciertos valores éticos intersubjetivos.

A la concepción sistemática como fenómeno indispensable para el estudio de la relación entre el Derecho y el Poder hay que unir la configuración teórica de la soberanía. La primera función del Poder va a consistir en crear Derecho. Este concepto moderno de soberanía que potencia la visión sistemática es el introducido por Bodino: «poder absoluto y perpetuo de una República». Con este nuevo punto de mira se podrá realizar una caracterización unitaria que también fue expresada por Bodino: «Pero del mismo modo que el navío sólo es madera, sin forma de barco, cuando se le quitan la quilla que sostiene los dos lados, la proa y el puente, así la república, sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de ésta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república.» Incluso este mismo autor señalará como una de las características principales de ese poder soberano la creación del Derecho: «El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular» (4). Como puede observarse, para Bodino el poder sirve de cierre al sistema y constituye así su presupuesto.

III. ALGUNAS JUSTIFICACIONES DEL PODER Y DEL DERECHO

Las justificaciones del Poder pueden realizarse de forma distinta según se quiera presentar a éste como presupuesto científico o como agente real en la sociedad. Desde el primer punto de vista, el Poder aparece como aquel elemento que permite cerrar una construcción sistemática, funciona en esta perspectiva

(3) Quizá pueda verse una primera aproximación de estas dos posturas, ya en el siglo XVIII, en el acercamiento entre las posturas racionalistas y las voluntaristas dentro de la creación y la interpretación del Derecho. Véase L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 23 y ss.

(4) Véase J. BODINO, *Los seis libros de la República*, selec., trad. e introd. de P. Bravo Gala, Madrid, Orbis, S. A., Biblioteca de Política, Economía y Sociología, 1985, pp. 79; 64; 90 y 91, respectivamente.

de igual forma que en los sistemas iusnaturalistas lo hace la voluntad divina o las principales leyes de la naturaleza. En este sentido, el Poder serviría como cierre y como elemento determinante de la unidad de las concepciones. A partir de él podría configurarse el sistema jurídico o, una vez configurado éste, serviría como fundamento de unidad y de validez.

La presentación del poder como presupuesto científico tiene el valor que Kelsen confería, en un principio, a la «norma fundante básica». El sistema necesita «algo» que le haga unitario y que le confiera validez. Este «algo» puede ser bien una voluntad divina, bien una norma presupuesta, etc., o bien una fuerza o una voluntad política.

Por otro lado, la perspectiva histórica real, que nos ahorramos, permite concluir que los hombres, que han decidido vivir en comunidad, necesitan de un Poder que garantice el desarrollo de ésta y que les permita establecer un equilibrio básico entre sus pretensiones y deberes. La participación de todos en esta empresa común va a exigir la institución del Poder. No es que los hombres decidan en un momento de la historia tener un Poder común que les gobierne, sino que ese Poder aparece como necesario en la historia y a través de ésta se configura según las necesidades y pretensiones de los hombres. Como escribe Peces-Barba, «la experiencia suministra buenas razones para creer que la realización de la condición humana no puede ser consecuencia de un esfuerzo individual de cada uno exclusivamente, sino que necesita unas condiciones en la vida social que hagan posible ese esfuerzo social» (5).

Esta visión se conecta, pues, con la contemplación del hombre como ser eminentemente social, que ya fue destacada por el pensamiento clásico (6), y que va a determinar irremediamente la existencia de un Poder que regule las relaciones de los hombres en la sociedad. En este sentido, por ejemplo, las obligaciones que contribuyen a la conservación de la sociedad y a la unión de los hombres son importantísimas (7), pero necesitan del apoyo del Poder. Esta idea la encontramos ya en Suárez, quien, como expresa Asís Garrote

(5) PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 111.

(6) Véanse, por ejemplo, PLATÓN, *El político*, trad. de A. González Laso, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, p. 30; ARISTÓTELES, *Política*, edición bilingüe y trad. de J. Marías y M. Arango, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, pp. 3 y 78; BURLAMAQUI, *Principes du Droit Naturel*, Chez Barrillot & Fils, Ginebra, 1745, reimpresión en Georg Olms Verlag, Hildesheim, Zurich-Nueva York, segunda parte, cap. IV, p. 62.

(7) En este sentido, véase CICERÓN, *Los oficios o los deberes*, trad. de M. Valbuena, prólogo de J. A. Peña Losa, México, Porrúa, 1982, p. 43. Véase también SUÁREZ, cuando escribe: «Es cosa cierta que una ley de la comunidad obliga en adelante a todas las personas de esa comunidad... La razón es que la comunidad está por encima de cualesquiera de sus personas» (SUÁREZ, *Las Leyes*, lib. III, cap. XXXV, trad. de J. R. Eguillor, introd. de L. Vela Sánchez, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 351).

refiriéndose a su concepción política, establece como punto de partida la naturaleza del hombre, una naturaleza sociable, por lo que la autoridad política es «no solamente necesaria, sino natural a la sociedad» (8). Pero incluso antes que Suárez, en Aristóteles, esta necesidad es patente. En su *Política* escribe: «En todo aquello que consta de varios elementos y llega a ser una unidad común, ya de elementos continuos o separados, aparecen siempre el rector y el regido» (9).

Pero no sólo va a ser justificable la presencia del Poder desde la perspectiva social humana de la solidaridad. También desde posiciones individualistas se hace éste necesario como protección y como límite a la actuación de los demás. La conexión Derecho-fuerza o Derecho-Poder es en este punto clara y significativa.

Parece, pues, que desde el primer momento en que pueda hablarse de sociedad ésta se verá necesitada de un poder a cuyo cargo esté el gobierno de la comunidad. Incluso desde aquellas posiciones que defienden situaciones ideales de comportamiento humano la necesidad del Poder aparece. La participación de todos en la comunidad puede desarrollarse utópicamente de forma exclusiva con el diálogo. Los hombres guiados por unos valores autoasumidos de forma comunicativa ajustarían su desenvolvimiento limitando sus pretensiones y ajustándose a sus deberes. En este estado de cosas, los hombres sacrificarían ciertas libertades en favor de las de otro, y éste también lo haría respecto de sus semejantes. Pero incluso en esta situación, como ya he subrayado, aparecería tarde o temprano la necesidad de un orden estatal y jurídico (10). En este sentido podemos decir que, «a menos que estemos dispuestos a aceptar una imagen utópica del hombre, un cierto grado de heteronomía resulta inevitable» (11). De esta forma, el Poder va a ser considerado por algunos como elemento necesario del propio concepto de sociedad.

Si se abandonan este tipo de concepciones del hombre, los argumentos se tornan más radicales. Por ejemplo, con la consideración, también clásica, del hombre como ser, al menos, medianamente egoísta, se hace necesaria,

(8) A. ASÍS GARROTE, *Manual de Derecho natural*, Granada, 1963, p. 246.

(9) ARISTÓTELES, *Política*, ob. cit., pp. 7 y 8.

(10) Así también se explica, por ejemplo en S. AGUSTÍN, la existencia de un poder y del Derecho. Para éste, los hombres viven en principio felices y hermanados hasta el pecado, que les hace cambiar y provoca la necesidad del Estado con poder coactivo (véase *La ciudad de Dios*, en *Obras de S. Agustín*, tomos XVI-XVII, lib. XIV, Madrid, BAC, pp. 920 y ss.), pero basado en la justicia (véase *Tratado de la Santísima Trinidad*, en *Obras de S. Agustín*, tomo V, lib. XIII, Madrid, BAC, pp. 735 y ss.). El problema surge al delimitar el campo de actuación de este poder.

(11) H. KLIEMT, *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, versión castellana de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Alfa, 1979, p. 19.

