

# Derecho y poder

Pedro Rivas

Modo de citar:

Rivas, Pedro. 2018. "Derecho y poder". En *Diccionario Interdisciplinar Austral*, editado por Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Franck. URL=[http://dia.austral.edu.ar/Derecho\\_y\\_poder](http://dia.austral.edu.ar/Derecho_y_poder)

Explicar la relación entre Derecho y poder sirve para comprender cabalmente ambos conceptos. Aunque ninguno de ellos se agota en la relación con el otro, sin embargo buena parte de su sentido se nos desvela precisamente ahí. En gran medida, puede afirmarse que históricamente se han dado dos grandes modelos de articular esta relación. Sin embargo, más que una exposición histórica, vale la pena desarrollar ambos paradigmas mostrando cómo responden a dos formas de entender el Derecho y a dos formas de entender lo político. Como punto de partida vamos a tomar el hecho paradójico de que las dos grandes tradiciones jurídicas occidentales cuentan con expresiones solamente análogas para expresar esa relación: *Rule of Law* y *Estado de Derecho*.

Ahora bien, a partir de esta idea, será posible mostrar que la relación entre el Derecho y el poder en el seno de la comunidad política es la clave para determinar cuál es el contenido de lo político. Vamos a recorrer esa relación, en primer lugar desde la óptica del Derecho. Y, a continuación, desde la perspectiva de lo político. La forma resultante de comprensión de la politicidad forma parte de nuestro imaginario de manera tan arraigada que parece difícil pensar lo político de otra manera.

Por lo anterior, se va a evitar a propósito entrar en las discusiones más comunes que se vienen dando actualmente en el seno de esta relación. A mi juicio, se trata, por lo que se refiere al poder, de la prolongada crisis de la soberanía (entre muchos, Böckenförde 2000, *passim*). Y en relación con el Derecho, de la desformalización de las fuentes del mismo (Pérez Luño 1993, *passim*). Ambas cuestiones además están conectadas entre sí. Pero, más allá de su actualidad, se trata de problemas circunstanciales, que son únicamente efecto de lo que vamos a considerar en este trabajo.

## 1 Dos concepciones diferentes del Derecho [↑](#)

Al tratar de comprender las diferencias que se esconden detrás de las expresiones *Rule of Law* y *Estado de Derecho* puede partirse simplemente de la obviedad de que solamente en una de ellas comparece el Estado, el foco de atención se pone en lo que la aparición de éste supone en relación al Derecho. Esto nos lleva a la consideración de los rasgos propios del Estado, pero esta vez desde la perspectiva de su relación con el Derecho. Lo que comparece entonces va más allá de la mera diferenciación entre las expresiones mencionadas, para dirigirnos hacia la comprensión de lo jurídico y de ésta hacia la comprensión de lo político.

### 1.1 Soberanía y Derecho [↑](#)

A mi juicio, para diferenciar *Rule of Law* y *Estado de Derecho* es necesario acudir a sus orígenes históricos, al imaginario que sostiene cada uno, a la comprensión de lo jurídico que los sostiene. Lo más manifiesto, como se ha dicho, es que la primera expresión aparece en un contexto donde no se hace mención del Estado. Habrá que preguntarse entonces cuáles son los elementos que definen el Estado y lo convierten en una forma de organizarse políticamente diferente de las precedentes. Comprender lo político hoy sigue siendo comprender el Estado moderno, por más que hablemos (o precisamente por eso) continuamente de su crisis. Sin embargo, tal crisis no es el objeto de este estudio. Comprender el Estado es hacerse cargo de qué significa la soberanía (Costa 2007, 33). A estas alturas

parecería sin sentido volver a plantearnos esta cuestión. Pero, en realidad, no podemos olvidar que se trata de un concepto histórico, es decir, que surge en un determinado momento. Y, sólo si nos damos cuenta cabal de lo que significó su aparición, podremos comprenderla y comprender nuestras propias comunidades políticas. Lo que define al Estado es principalmente la idea de soberanía: las comunidades políticas previas a la aparición del Estado no eran soberanas. Aunque la noción de soberanía fuera tematizada por Bodino, se ha dicho con razón que tal vez se debe reconocer a Hobbes como el primero que elaboró una teoría plenamente sistemática del Estado soberano (Skinner 2007, 403). ¿Cómo comprende, entonces, Hobbes la soberanía? De los conocidos textos hobbesianos parece claro que se trata de supremacía. En efecto, se habla de “conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad”, de que “todos sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquel, y sus juicios a su juicio” (Hobbes 1996, II 17). En realidad, dicha supremacía se observa con mayor claridad en el entero capítulo XVIII de *Leviatán* donde Hobbes se detiene a describir todos los derechos y facultades del soberano por institución. La condición suprema del poder pasa a definir al Estado moderno. La supremacía significa el último peldaño, la cúspide: no hay nada por encima. Que pretenda hacerse presente en todos los órdenes de la vida humana es una cuestión distinta: el problema de la condición absoluta del poder político. Por eso, hablar de absolutismo es cuestión distinta de la soberanía y queda fuera de nuestra consideración aquí. Cuando hablamos de soberanía queremos expresar simplemente que no hay otro poder superior, que el poder al que se adjetiva como soberano es supremo. La expresión “dios mortal” (Hobbes 1996, II 17) que emplea Hobbes en el *Leviatán* para caracterizar al Estado pone de manifiesto esta índole, pues lo característico de la divinidad es que no hay nadie por encima de ella. Todo otro poder está sometido al poder supremo. De la misma forma que no pueden existir varios dioses porque sólo uno de ellos puede ser supremo y es el único del que se puede predicar verdaderamente la divinidad. Esta interpretación concuerda con la tajante afirmación de Hobbes de que dividir la soberanía es contrario a la esencia del Estado porque “dividir el poder no es otra cosa que disolverlo, porque los poderes divididos se destruyen mutuamente uno a otro” (Hobbes 1996, II 29).

Ahora bien, hay que preguntarse qué poderes son los que quedarían subordinados al soberano. O dicho de otra forma, nos preguntamos qué tenía el poder político antes de Hobbes que no lo hacía supremo, es decir, soberano. En el momento de escribirse el *Leviatán*, ni el papado ni el emperador eran rivales del poder político de un reino detentado por una persona o por una asamblea. En lo que Hobbes estaba pensando era más bien en el Derecho. La descripción del *Leviatán* se hace fundamentalmente en relación al Derecho. En efecto, Hobbes considera inherente a la soberanía “el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo” (Hobbes 1996, II 18). Pero sobre todo es en el capítulo dedicado a las leyes civiles donde tal supremacía se muestra con mayor claridad. Hobbes deduce tres cosas de la afirmación de la evidencia de que la ley civil es para el súbdito “aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley” (Hobbes 1996, II 26). En primer lugar, “que el legislador en todos los Estados es sólo el soberano, él es “el único legislador”. En segundo lugar, que el soberano “no está sujeto a las leyes civiles” porque “teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes”. Y, en tercer lugar, parece pensar en el *Common Law* cuando afirma que “cuando un prolongado uso adquiere la autoridad de una ley, no es la duración del tiempo lo que le da autoridad, sino la voluntad del soberano, significada por su silencio (...); y no es ley en tanto que el soberano siga en silencio respecto de ella” (Hobbes 1996, II 26). Todavía algo más adelante, se molesta en reiterar que “el soberano no está sujeto a leyes formuladas por él mismo”. Es más, el error de colocar “las leyes por encima del soberano, sitúa también sobre él, un juez, y un poder para castigarlo; ello equivale a hacer un nuevo soberano” sujeto a un tercero y así sucesivamente, lo que generaría “confusión y disolución del Estado” (Hobbes 1996, II 29).

Aunque nadie duda que el carácter supremo que define la soberanía se establece también en relación a poderes externos como el papado o el emperador, sin embargo, la supremacía que va a suponer un cambio realmente fundamental es la que se refiere al Derecho. Las referencias al Derecho en sus obras ya mencionadas y, sobre todo, la lectura de su *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, dejan la impresión en ocasiones de que lo que realmente preocupa a Hobbes es el Derecho (Hobbes 2005). En realidad da la impresión de que el enemigo de Hobbes es el Derecho inglés. Y, en efecto, “entre los demonios de Hobbes los juristas del *Common Law* estaban sólo por debajo de los clérigos presbiterianos” (Cromartie 2005, XXXV).

## 1.2 *Common Law* y poder político [↑](#)

En este punto, hay que llamar la atención sobre el carácter contrafáctico de la explicación que Hobbes da de la relación entre Derecho y poder. Esto se aprecia con claridad si acudimos a algunas de las explicaciones canónicas del sentido del *Common Law*, de sus fuentes, de la comprensión del Derecho que generan en jueces y ciudadanos. Las caracterizaciones que se pueden encontrar del derecho inglés son coincidentes en sus rasgos. Como explica Cromartie, para la gente la expresión *Common Law* servía para distinguir el Derecho inglés del Derecho Romano. También diferenciaba los procedimientos de dos tribunales reales de la época frente al resto de tribunales. Pero para lo que nos interesa, diferenciaba el Derecho no escrito frente a las posteriores alteraciones legislativas. Este Derecho no escrito era razón y sus reglas tenían un estatus diferente de las creadas por un parlamento. Algunos rasgos de la práctica jurídica enfatizaban la racionalidad del *Common Law*. Por ejemplo, el que un *statute* que revocara el *Common Law* debía interpretarse de modo restrictivo pues en realidad coexistían ambos (Cromartie 2005, XXXVI-XXVIII). Y en este sentido, al ser interpretados con el espíritu del *Common Law*, quedan muy pronto transformados por una espesa capa de precedentes normativos y, de este modo, entreverados inseparablemente en el tejido unitario del *Common Law* (Radbruch 1958, 48). Era, por tanto, prudencia, es decir, no razón abstracta sino históricamente implementada a través de una técnica consolidada que pasaba de una generación a otra de juristas y jueces. Una razón artificial (en el sentido de que es una creación humana, pero no arbitraria), técnica y consolidada (Costa 2007b, 82). Los principios de Derecho Natural y las costumbres nacionales eran el punto de partida del razonamiento jurídico. Este cristalizó en las máximas o leyes generales: por eso, la razón era la causa eficiente de las máximas. El Derecho era el efecto de aplicar tales máximas. Tales máximas son entonces conclusiones de la razón y fundamentos del Derecho. Por eso parece un punto donde convergen esas costumbres y el Derecho Natural. Resultan extraídas de los casos, mejor dicho de la armonía y congruencia de los casos, de los juristas más sabios y profundos, aunque ellos no formularan tales máximas. Este Derecho no escrito no es por tanto definitivo porque varía por el recurso a esos principios naturales (Cromartie 2005, XXIX). Otra manera de describirlo es partir de que las costumbres nacionales son en realidad puro sentido común porque son el producto de lo conveniente para las personas y así incorporan los resultados de las experiencias humanas concretas. Dicho de otra manera, estamos ante una sabiduría colectiva (Cromartie 2005, XXX-XXXI). En efecto, una razón colectiva, expresión de una comunidad de sabios, que mejoraba a través de generaciones, refinando y adaptando a las circunstancias cambiantes: Coke, Hale y Blackstone definieron y describieron así el derecho inglés (Costa 2007b, 82). Lo característico de éste es que no es legislado. Eso significa que el Derecho no tiene dueño. Si bien se ha caracterizado al Derecho inglés de *judicialista* por el papel central de los jueces, éstos tienen la conciencia de que, a pesar de su labor creativa, el Derecho no les pertenece sino que consiste más bien en un conjunto de costumbres normativas que se remontan a un tiempo pasado y que responden en realidad a la aplicación de la racionalidad común a las situaciones de la vida. Por eso se puede decir que el Derecho no tiene dueño, porque es incontrolable, escapa de todo poder político desde su misma raíz. Se trata de un Derecho no determinado por un soberano sino independiente de cualquier voluntad centralizada (Costa 2007b, 82-83). Por eso, Radbruch afirmaba que más que en cualquier otro país, es en Inglaterra donde está realizada y garantizada la autonomía del Derecho, más aún, la subordinación del poder al Derecho (Radbruch 1958, 41-43). En este sentido, la retórica *whig* posterior a la Revolución Gloriosa habría creado el mito del *Common Law*, según el cual éste es la verdadera fuente de libertad. Se trata de un derecho que protege la libertad individual y la igualdad de todos frente a la ley. Ocurre que en este caso el mito es verdad. Y es que incluso la crítica historiográfica inglesa contemporánea de inspiración marxista reconoce que es así (Santoro 2014, 173-182). En realidad, es el crítico por antonomasia del *Common Law* quien mejor nos lo explica. Como dice Bentham, “no tiene persona alguna por autor” (Bentham 1996, 8). Y se pregunta retóricamente con todo énfasis, “¿dónde está prescrito? (...) ¿Quién lo hizo? ¿Quién lo expresó? ¿De quién es la voluntad?” (Bentham 1977, 43).

La subordinación del poder al Derecho en el ámbito del *Common Law* explica, entre otras cosas, el éxito de Hobbes incluso entre quienes critican ferozmente su discutida tendencia al absolutismo. En realidad el problema del supuesto absolutismo hobbesiano sería una discusión diferente y en cierto sentido menor. Lo importante es la concepción monista de las fuentes del Derecho (Domínguez González 2009, 165-166). En el ámbito del *Common Law*, en cambio, la potestad política no monopoliza la producción del Derecho y por eso las limitaciones al poder son extrínsecas, de un Derecho superior y anterior, del que el poder político no puede disponer (Pereira Menaut 2003, 52-53). Nuestro espacio conceptual, nuestro imaginario político, es el de Hobbes por mucho que hablemos de reglas constitucionales. Ahora, soberano es el que dispone de las fuentes del Derecho y el Derecho es capaz de regular su producción interna de acuerdo a operaciones inherentes al sistema jurídico (Domínguez González 2009, 166). En realidad, una buena

parte del pensamiento político posterior toma de Hobbes la idea de soberanía, es decir, la transformación del poder en un monopolio desde el momento en el que el Derecho no se le escapa sino que queda reducido a la voluntad de dicho poder. Esto es así por mucho que luego hayamos inventado mil sistemas de pesos y contrapesos, de repartos y vigilancias del poder. Al hacerse con el monopolio de la creación del Derecho se ha terminado con el principal freno al poder político. Por eso, su Filosofía Política consiste en una justificación del Estado, en un relato racional de la *construcción* de lo político. Luego hemos llevado el sujeto de la soberanía desde el monarca al pueblo y hemos creado una ficción como la de la representación: pero ahora el Derecho tiene dueño.

Después hay quienes han hablado de la domesticación o racionalización del Estado, de que desaparece la huella del soberano hobbesiano (Rodilla 1992, XXXII). Sin embargo, como se ha dicho con agudeza, el límite del poder político moderno es puesto por el propio poder. Estamos ante el carácter autorreferencial de la limitación del poder, que nos presenta el límite en forma de concesión o gracia (Domínguez González 2009, 161-162). Ahora bien, ¿cómo es posible tal cosa si el Estado tiene su origen en un acto no racional? Aún más, ¿en qué sentido llamamos orden a lo creado por el Derecho si ha tenido su origen en un mero acto de voluntad? Si todo orden, para Hobbes y para el pensamiento político posterior, es artificial, y en ese sentido meramente puesto por la voluntad, entonces ¿por qué lo llamamos orden? Parece entonces que la carga valorativa de la palabra *orden* está de más. No se introduce orden alguno con un mero acto de voluntad. No es que se precise un modelo o paradigma al que el orden político deba imitar para ser racional. En efecto, la construcción de un orden político es siempre praxis y no mera técnica. Por tanto la racionalidad debe acompañar a todo el proceso porque también la praxis necesita cuando menos alguna finalidad, algún sentido en definitiva. Al mismo tiempo, también parece raro imaginar un Derecho previo a lo político en la medida en que solamente se da en el seno de una realidad política. Ahora bien, la teorización del orden político previo a Hobbes parte de un reconocimiento o de una anticipación del Derecho respecto al poder político. Esto supone comprender lo político como algo más que la construcción de un poder político. Lo central de lo político no es ya la generación de un poder y su desarrollo en cuanto algo distinto. O al menos, es algo más complejo que el poder, entendido además como uso de la fuerza o si se prefiere como un elemento formal necesario para la construcción de un orden y por tanto previo, esencial y central a la realidad política. Por eso, a Hobbes, que pretende reducir lo político a la conformación y explicación del poder, le interesa la desaparición del Derecho del espectro político, o mejor dicho su reducción a un epifenómeno del poder. Con la aceptación de la idea hobbesiana de soberanía, lo que estamos admitiendo es también que el poder se constituya en el elemento nuclear de lo político. No es que antes no se teorice sobre el poder, sino que el lugar de éste no era el eje y el centro, al menos en la medida en que existían otros elementos sociales y políticos, como es el caso manifiesto del Derecho, que no se reducían a él. La noción de soberanía supone un estrechamiento del ámbito de lo político que se ha constituido en habitual, usual, dado por supuesto, punto de partida. Obsérvese que no se trata de reivindicar la existencia de una especie de Derecho previo a lo político, como un Derecho en el estado de naturaleza. Sino de señalar simplemente que la articulación del poder en el espectro de lo político es más compleja de lo que queremos creer. O al menos era más compleja, porque desde Hobbes ha dejado de serlo.

Se ve entonces con claridad que lo que está haciendo Hobbes es invertir la relación entre Derecho y poder político. Soberano es principalmente el que tiene supremacía sobre el Derecho. Ahora el poder es el origen y la fuente del Derecho, lo que explica que en el fondo nunca está atado a él, subordinado a él. Ahora bien, tal situación teórica no puede darse verdaderamente en un orden jurídico como el del *Common Law*. Es más, propiamente tampoco puede darse en un orden jurídico como el continental previo a la codificación. En este sentido, la codificación sólo se comprende en el marco de la idea de soberanía. En un universo jurídico donde el poder político no ejerce apenas tareas creadoras de Derecho, no se puede hablar de soberanía. El mundo medieval en su conjunto y la mayoría de las comunidades políticas modernas no concebían al poder político como productor de Derecho.

### 1.3 Derecho común y poder político [↑](#)

En este sentido el Derecho común europeo coincidía con el *Common Law* en que su origen y fuente no era el poder político. Más allá de sus diferencias en este aspecto, la continuidad moderna con la concepción del Derecho era similar. Porque la ausencia o al menos el carácter menor de la producción jurídica del poder político hunde sus raíces en la concepción medieval del Derecho. La similitud en este punto, el paralelismo entre el Derecho anglosajón y el Derecho continental se puede percibir cuando se lee la comprensión que Savigny tenía del Derecho común. En efecto,

llama la atención cómo pueden encontrarse los mismos rasgos en alguna de las antiguas descripciones del *Common Law* y en la comprensión que tiene Savigny no ya del Derecho Común germánico sino, a su entender, del Derecho mismo.

En especial, son tres los rasgos comunes que interesa ahora destacar. En primer lugar, es similar el lugar donde se encuentra el Derecho. Como expresa Davies, el texto del *Common Law* “no fue nunca escrito, sino que ha sido preservado en la memoria de los hombres, aunque la memoria de ningún hombre puede alcanzar el original del mismo” (Sir John Davies 1615, s/p). En paralelo, Savigny nos dice que “allí donde nos encontramos por primera vez ante una historia documentada, el Derecho civil tiene ya un carácter determinado, peculiar del pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución”. Es más lo que enlaza esos fenómenos es “la convicción común del pueblo”. Por eso mismo, en sus orígenes “el Derecho vive, lo mismo que el lenguaje, en la conciencia del pueblo” (Savigny 1814, 54). Más aún, “es la voluntad propia del pueblo” (Savigny 1814, 60). Es decir, la “época juvenil de los pueblos (...) goza de una clara conciencia de su situación y de sus relaciones, las cuales las siente y las vive plenamente”, al punto que “resulta posible que las reglas del Derecho privado formen parte de los objetos de la fe del pueblo” (Savigny 1814, 55). Como consecuencia de lo cual, las formas antiguas del Derecho gozan de “la evidencia y la confianza general del pueblo” (Savigny 1814, 56). Que, por tanto, el pueblo es el origen del Derecho lo expresa más claramente Davies cuando afirma que “Inglaterra, que ha tenido un Espíritu (*Genius*) tan bueno y alegre desde su origen, ha sido habitada siempre por un pueblo sabio y virtuoso que ha abrazado siempre costumbres honestas y virtuosas, llenas de razón y provecho; las cuales, confirmadas por el uso y práctica comunes y persistentes desde tiempo inmemorial, llegaron a ser el derecho común de la tierra (*common law of the Land*)” (Sir John Davies 1615, s/p). Porque el *Common Law* “demuestra la fuerza del ingenio y la razón y la propia suficiencia que ha sido siempre propia de la gente de esta tierra, que han hecho su propio derecho de su sabiduría y experiencia (como un gusano de seda saca de sí solamente todo el tejido) sin mendigar ni tomar prestada la forma de su comunidad [política] ni de Roma ni de Grecia, como han hecho otras naciones de Europa, sino que han encontrado en su tierra la suficiente provisión de derecho y de Justicia” (Sir John Davies 1615, s/p).

En segundo lugar, ambas comprensiones del Derecho inciden en que este origen manifiesta precisamente que el Derecho así constituido carece de arbitrariedad. Así incide Davies en que “una costumbre comienza y alcanza su perfección de este modo. Cuando una acción razonable del pasado se demuestra buena y beneficiosa para el pueblo y acorde con su naturaleza y disposición, entonces se repite y se lleva a la práctica una y otra vez, y así por su reiteración y repetición frecuente, llega a ser una *Costumbre* que se repite sin interrupción desde tiempos inmemoriales, obtiene fuerza de ley”. De ahí que “este derecho consuetudinario es el más perfecto, el más excelente, y el mejor sin comparación para construir y conservar una comunidad política, porque las leyes escritas, que son hechas por los edictos del gobernante o de su consejo, se imponen sobre el sujeto antes de cualquier juicio o apelación tanto si son adecuadas y acordes con la naturaleza y disposición del pueblo como si generarán o no algún trastorno. Sin embargo, una Costumbre nunca llega a ser una ley que obliga al pueblo hasta que ha sido probada y aceptada desde tiempo inmemorial sin que durante todo este tiempo haya surgido ningún inconveniente, porque de haberse encontrado alguno en cualquier momento no se hubiera usado más sino que hubiera sido interrumpida y consiguientemente habría perdido la virtud y la fuerza de ley” (Sir John Davies 1615, s/p). Y es que en definitiva, “el *Common Law* ha sido hecho por una larga experiencia y muchas pruebas de lo que es mejor para el bien común” (Sir John Davies 1615, s/p). De manera muy similar, Savigny afirma que en el origen del Derecho se encuentra esa convicción común del pueblo ya mencionada que no es sino “el propio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario”. Y así, “esta conexión orgánica del Derecho con el modo de ser y carácter de un pueblo se confirma en el transcurso del tiempo” (Savigny 1814, 54) porque “el Derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tendencias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna” (Savigny 1814, 56). El paralelismo se hace más claro cuando Savigny sostiene que “todo Derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primariamente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la ciencia del Derecho y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio del legislador” (Savigny 1814, 58).

Por último, llama la atención la coincidencia en la prevención hacia un Derecho que tenga por origen al legislador. Así, Davies incide en que el *Common Law* “supera nuestras leyes escritas, sean éstas *Statutes* o leyes del Parlamento. Lo cual es manifiesto porque cuando nuestro Parlamento ha alterado o cambiado cualquiera de los puntos fundamentales

del *Common Law*, se ha encontrado que tales cambios son tan inconvenientes para nuestra comunidad política que ha habido que restaurar en los años siguientes de nuevo el *Common Law* en esos mismos puntos, a través de otras leyes del Parlamento” (Sir John Davies 1615, s/p). Y, en paralelo, según Savigny que “las leyes de esta especie [se refiere a cuando el legislador interviene invocando fines políticos elevados] son una infructuosa corrupción del Derecho y que precisamente en ellas es necesaria la mayor moderación ha de saltar a la vista a todo aquel que consulte la historia” (Savigny 1814, 60).

Ambas comprensiones coinciden en definitiva en lo fundamental: el Derecho no es en ningún caso la expresión de la voluntad del que detenta el poder político. En este sentido, considero que el Estado propiamente hablando aparece con la codificación y que es ésta la que produce de manera efectiva un cambio de mentalidad jurídica acorde con la idea política de soberanía, es decir con la idea de Estado.

Por lo anterior se entiende que la soberanía del Parlamento inglés que se expresa fundamentalmente en pugna con la soberanía del Rey, supone un problema conceptual para el *Common Law*. Dicho problema no tiene mayores consecuencias cuando la labor legislativa es casi nula. Pero cuando ésta comienza a aumentar ya a finales del siglo XIX, entonces se hace necesario resolver el dilema entre la soberanía del Parlamento y el *Common Law*. Ahora bien, obsérvese con todo que en su origen la idea política de la soberanía parlamentaria se defiende no frente al *Common Law* sino frente a la idea de la soberanía del monarca. El enemigo no es el *Common Law*, por tanto (Varela Suanzes 1998, *passim*).

## 2 Dos concepciones diferentes de lo político [↑](#)

Hasta aquí, habríamos mostrado la importancia de la idea de soberanía para entender el cambio en la concepción de lo jurídico. Ahora bien, podemos profundizar un poco más todavía. Si el *Common Law* y el Derecho Común continental son de origen medieval, mientras el Derecho codificado es producto de las ideas políticas modernas plasmadas en el Estado contemporáneo, tal vez podamos rastrear en las distintas comprensiones de lo político (medieval y moderna) diferencias más radicales y profundas. Trataremos entonces de ir desde la idea de soberanía hasta el sentido de lo político: vayamos al fondo por ver si hay algo más profundo, si el sometimiento del Derecho al poder es producto de una visión distinta de lo político en general y del poder en particular (Cruz Prados 2009, *passim*).

### 2.1 Lo político como artificio de la voluntad [↑](#)

El planteamiento moderno del sentido y origen de la comunidad política es ajeno al imaginario anterior. La comprensión del Derecho es diferente porque es diferente la comprensión del poder. Y es que para tratar de comprender lo político, el pensamiento moderno necesita pensar en una realidad previa a la politicidad en la que ésta se da. Esta realidad puede ser individual o colectiva. Es fácil advertir que en las primigenias teorías del contrato social esa realidad previa es el individuo singular. Lo que modifican las ideologías totalitarias o no liberales modernas es el quién de esa realidad previa: ahora es una colectividad. Pero, en todo caso, lo político es un momento posterior. Se inaugura así un modo binario de pensar que opone el sujeto (individual o colectivo) a la propia politicidad del mismo. Cuál sea la causa de la decisión de pensar así al sujeto humano escapa al propósito de estas páginas. Si tal planteamiento encuentra eco es porque probablemente responde cada vez más al imaginario del lector contemporáneo ya desde el momento en que se formula. Los propósitos particulares, algunos contingentes y epocales, otros no, apuntan a una forma diferente de explicar la comunidad política. Más en concreto, a través de su origen se trataría de dar con su sentido, su condición de posibilidad para existir. La causa que genera dicho cambio pudiera ser el afán de descomposición de las realidades hasta sus partes más simples e indivisibles. O puede que se trate del empeño por dar explicaciones según un orden temporal y preguntarse entonces simplemente qué había antes, qué realidad es previa a la comunidad política. Incluso puede reproducir la búsqueda de causas, propia de toda ciencia y como la causa es necesariamente anterior al efecto, por tanto debe existir antes que él. Pareciera en cualquier caso que encontramos alguna huella del método característico de las ciencias experimentales en la modernidad. Tales operaciones mentales conducen a un mismo resultado y todas son extrañas a la concepción clásica

de la comunidad política (Rivas 1996, 296-310).

Como puede observarse, el pensar binariamente es también el producto de considerar que la comunidad política aparece como una creación de las voluntades de quienes pactan. Pero ha sido creado precisamente como lo otro, porque de un modo u otro nos hemos despojado de algunos de nuestros bienes o al menos porque aparece como el producto de una cesión del uso irrestricto de nuestra voluntad. En efecto, de la regla general de razón que ordena que cada hombre en el estado de naturaleza debe esforzarse por la paz, se sigue “que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considera necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar a este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad” (Hobbes 1996, I 14). Y en ese mismo capítulo, insiste en hablar varias veces más de renuncia, abandono o transferencia del derecho. Si precisamente en nuestro imaginario contemporáneo nos comprendemos como pura autonomía, es difícil reconocerse en aquello que es producto de la pérdida de lo que nos constituye como humanos: la autonomía de nuestra voluntad. La comunidad política es solamente el producto de nuestra voluntad, pero no sólo de la mía o no completamente. No pudiendo entonces reconocernos en ella, la comunidad política adquiere entonces caracteres de sujeto diferente y distinto al propio yo. Es decir, la polis (ahora Estado) se ha hipostasiado, y con ello se ha convertido, como se decía, en un peligro. Tal vez responda a que su ausencia supone un peligro mayor, pero en todo caso es un peligro. Caben entonces dos opciones. O ser instrumentalizado por ella o tratar de instrumentalizarla. Habida cuenta de su formidable poder y del resultado de las experiencias totalitarias del siglo XX (y de otras en lo que llevamos de este), parece claro que en este siglo presente no nos cabe duda alguna de qué opción preferimos. Otra cosa es que estemos logrando llevarla a la práctica. Pero, más allá de las luchas ideológicas pasadas, lo que permanece inamovible es la misma comprensión hipostasiada de la comunidad política. Si esta es nada más que la creación de un acto de voluntad (o de una suma de voluntades), puede entenderse que aparezca también con voluntad propia. Y entonces está servido el conflicto de voluntades.

Y es que como toda realidad compuesta de seres vivos, el Estado pareciera tener también vida propia. Ahí es, como ya se ha visto, donde reside el problema. Al pensarse a sí mismo como una realidad previa, el individuo singular tiene la consideración de lo otro (en este caso el Estado) como peligro, o incluso enemigo, por el simple motivo de que no parece posible reconocerse en él sino sólo en mí mismo. Para la mentalidad moderna que tiene por centro el valor de la autonomía de la voluntad, la propia realidad, la propia identidad, donde uno se reconoce, es apenas en sí mismo y con dificultad en algunos de sus semejantes. De modo que si tengo dificultad para reconocirme en el otro, mucho menos voy a reconocirme en una realidad posterior que viene a pretender ser la suma de todos. Esa realidad otra, que llamamos comunidad política y que adopta ahora los caracteres del Estado, es si cabe peor porque es más grande y más fuerte que uno. Y está, eso sí, tan viva como uno, porque está formada por seres humanos. Así, ese otro es una realidad viva, que opera con mayor fuerza que un ser humano y que carece precisamente de aquello que puede hacer que uno se reconozca en él. Por eso, el afán cada vez mayor del ser humano ha sido no sólo evitar ser dominado por el Estado, sino también tratar de dominarlo a él para emplear precisamente toda su fuerza.

La comunidad política en forma de Estado se presenta entonces como una estructura artificial que consiste fundamentalmente en poder, en el ejercicio e imposición de la voluntad. Y un poder que entra en inevitable conflicto con la realidad previa que, como mencionamos, es el individuo y sus derechos. Porque la verdad sobre el ser humano sólo se encontraría en ese conjunto de derechos previos a la politicidad, precedentes incluso a su dimensión comunitaria. Lo político es algo a lo que nos vemos abocados a regañadientes y en este repliegue del individuo sobre sí mismo, lo comunitario se ve siempre como peligroso, no identitario, ajeno. No es que se haya alejado del sujeto singular sino que estaba lejos desde el principio. El impulso lleva a alejarse de esa construcción peligrosa donde uno no puede reconocerse porque no sirve a, sino que más bien conspira contra, el propio proyecto vital. En el fondo, parece latir una ilusión de una especie de cielo en la tierra compuesto por el individuo solo, pleno de derechos frente a ningún otro, rodeado de todos los bienes de la tierra, a los que tal vez añadir otros individuos en la medida en que se comporten como bienes.

## 2.2 Política presente y bien común [↑](#)

Desde la perspectiva recién descrita, carece de sentido pretender que exista un bien común político. El bien es siempre particular. Lo más parecido a un bien común es la maximización de los bienes particulares coincidentes. Pero

esos bienes no son propiamente comunes sino singulares y coincidentes, es decir, tenemos por bienes particulares realidades similares, o apreciamos como buenos los mismos bienes particulares. Pero el carácter de bondad de una realidad es siempre individual, singular, particular. El sentido de nuestras comunidades políticas es la protección de los bienes particulares y nada más. Esto último se pone también de manifiesto en el modo de darse el pacto social. Este pacto sólo se realizará por interés, como se deduce cuando Hobbes afirma que “cuando alguien transfiere su derecho, o renuncia a él, lo hace en consideración a cierto derecho que recíprocamente le ha sido transferido, o por algún otro bien que de ello espera, porque se trata, en efecto, de un acto voluntario, y el objeto de los actos voluntarios de cualquier hombre es algún bien para sí mismo” (Hobbes 1996, I 14). Dicho pacto no significa, por tanto, que se asuma un proyecto común, o el reconocimiento de un bien superior que se alcanza mediante la estrecha colaboración de todos. De ahí, que el contenido del pacto no sea una idea común de lo que constituye una vida buena, sino más bien el interés de cada uno por su conservación (Spaemann 1980, 202). El ciudadano acepta el pacto para favorecer su conservación y puede desearlo por el mismo fin. Como consecuencia de lo anterior, puede concluirse que la conclusión del pacto o contrato está, en Hobbes, guiada internamente por la idea de la propia conservación (Kavka 1986, 179 ss.). Es más, algunos comentaristas han puesto de manifiesto que esta idea alcanza incluso al ámbito ético, como condición necesaria de la consideración de la moralidad de los actos humanos (Martinich 1992, 71 ss.).

Y así, para Hobbes el fin de la sociedad es puramente instrumental. La pertenencia del hombre a la sociedad no tiene una finalidad relacionada con el perfeccionamiento o bien propio del hombre, sino un sentido de mera supervivencia. Lo que está detrás latiendo no es sino una comprensión del hombre que en el fondo resulta vacía. Del mismo modo que la libertad del hombre era en un primer momento omnímoda y, en último término, carecía de fines propios; paralelamente, el hombre que se reúne en sociedad sigue careciendo de fines más allá de su permanencia en el ser. En nuestra opinión, la pérdida de la noción de finalidad a la hora de hablar del hombre y de su libertad conlleva un empobrecimiento en el momento de concebir el hecho social porque éste en último término también es un hecho humano. En la sociedad tal y como la concibe Hobbes el hombre no puede reconocerse, sólo puede sobrevivir. La ley posee una justificación funcional exclusivamente por referencia a la supervivencia humana. Pero no parece uno de los elementos básicos para el correcto desarrollo de la vida humana. La consecuencia inmediata es la concepción de la ley como mero límite; fundamental para sobrevivir pero límite al fin y al cabo, y como tal dotado de una fuerte carga negativa. Ahora la ley se “justifica” en el sentido más pobre de la palabra: no queda más remedio que vivir bajo la ley. Por tanto, como ya se dijo, lo positivo del hombre vendría a ser todo aquello que pudiera desarrollarse al margen de ella. En este sentido se entiende el carácter meramente instrumental de la comunidad política para la mentalidad moderna. La comunidad política, ahora el Estado, no añade nada al individuo singular en cuanto a sus fines: se pretende que no sea más que un simple medio eficiente. Pero, al mismo tiempo, se trata de un medio con vida propia y que es capaz de invertir la relación, es decir, de convertir al individuo en medio para sus fines.

Por lo anterior, se entiende que dicho conflicto no tenga otra solución que no sea la victoria de una voluntad (la del individuo o la de la comunidad) sobre la otra. Pero, en todo caso, ninguna de las dos voluntades están dispuestas a reconocer un tercero que se imponga sobre ellas y mucho menos cuando ese tercero se presenta como razón y carece en definitiva de una voluntad o de un sujeto con voluntad que lo sostenga o donde tenga su sede. Ese tercero, tal y como lo perciben los actores del drama, es el Derecho. Precisamente, el Derecho va a convertirse más bien en el instrumento adecuado para someter y controlar la voluntad del otro, sea quien sea el que gane en el conflicto de voluntades. Será así instrumento de quien lo domina y límite de quien se ve dominado. Pero, para eso primero es necesario someter el Derecho a la voluntad triunfante, superior, suprema. Y ahí reside a mi juicio lo nuclear de la idea de soberanía. Lo que se acaba de describir no es el producto de ningún diseño previo, ni es el resultado de ningún proyecto político expresado de esta forma en un momento dado. Simplemente se trata de la explicación de los orígenes de la idea de soberanía como sometimiento del Derecho al poder, como comprensión del poder como monopolio de las fuentes del Derecho. La tesis que se defiende es que la concepción política de la modernidad presupone un conflicto, una tensión entre voluntades ajenas. Para ello, ha sido necesaria la aparición de una dualidad de voluntades que es producto de la conversión de la comunidad política en sujeto distinto, es decir de su conversión en hipóstasis. Y es esta concepción política de la modernidad, con dicho conflicto de voluntades, lo que explica la lucha de tales voluntades por el Derecho: es decir, el sometimiento de éste, su conversión en un epifenómeno de la voluntad triunfante.

El Derecho se convierte así en el agente institucionalizador por excelencia. Lo primero que se hace es crear o

modificar el Derecho para crear o modificar una realidad. ¿Es este el sentido del Derecho? La expresión, algo en desuso, ingeniería social parece responder a este esquema. El Derecho se convierte en el modo de convertir una conducta (corriente o no) en hábito y patrón. En ocasiones, puede ser producto de la velocidad de los cambios sociales o de la presión de los agentes de dichos cambios. Pero la soberanía, el sometimiento del Derecho, no nace como resultado de los agentes de cambios más veloces y más requirentes de cambio. Es el poder quien percibe que el Derecho es un freno para su voluntad y quien decide someterlo. Y entonces sí, cuando el poder puede desplegarse y hacerse omnipresente (gracias al desarrollo de la propia ciencia y de la técnica), ocupa todos los espacios y emplea el Derecho como instrumento preferido para colonizarlo todo. ¿Por qué hasta ese momento el poder no ha puesto sus ojos sobre el Derecho? En gran medida porque de poco hubiera servido legislar mucho, si no hay medios reales para hacer efectivo lo que se legisla.

Lo anterior explica también que el contenido del pensamiento político a partir de la modernidad ha sido y sigue siendo precisamente el poder. Porque ahora en el origen de lo político no hay sino un acto de voluntad, y a lo que da lugar es a una comunidad que se caracteriza precisamente por la soberanía. Es decir, por una voluntad que detenta la supremacía, es decir, que se impone. De hecho, la conversión del Derecho en parte de esa voluntad supone su identificación con un acto de poder. De esta manera, se reduce la participación en lo político a ejercer de alguna forma un acto de poder. El objeto de la reflexión política parece reducirse a la conquista, preservación y ejercicio del poder, al el diseño de sus límites y cómo superar esos límites. Esto último no sólo ocurre si se piensa en los partidos políticos o en los representantes como sujeto de todas esas operaciones (conquista, ejercicio, preservación, etc.). También si se piensa en el individuo concreto como sujeto frente a sus propios representantes (o frente a los partidos políticos que intermedian entre ambos): en este caso, los contrapesos al poder, la división de poderes, los derechos individuales, etc., son también vistos como conquista, ejercicio y preservación del poder. En último término, si no hay más que un conflicto más o menos complejo de voluntades, se comprende que no se hable más que de poder. Todo lo cual muestra la imposibilidad de pensar en términos de verdadera comunidad porque no hay bienes que compartir. El poder, por su propia naturaleza, refleja el alcance de cada voluntad y en este sentido toda voluntad ajena es límite de la propia. Cuando los demás son límites es porque constituyen de nuevo una realidad distinta, ajena a mí, con quien sólo puede haber en el mejor de los casos coincidencia o compatibilidad, pero difícilmente habrá verdadera comunidad. Todos estos caracteres no han desaparecido con la extendida y siempre discutible crisis de la soberanía.

Las dificultades de salir de este modo binario de pensar son numerosas. Al menos lo que han mostrado estas páginas es que la comprensión de lo político que es habitual en nuestro imaginario presente –la que comprende que el poder es el contenido de lo político y que su logro y conservación son los fines de la actividad política– es manifiestamente histórica. Surge en un contexto histórico determinado y no se explica fuera de él. Por más que sea un contexto presente tiene un origen histórico concreto y se comprende solamente en el decurso de los acontecimientos históricos singulares. No es una explicación antropológica, no responde necesariamente a la condición social del ser humano y menos aún a una supuesta condición previa a lo social o a una condición humana *a se*. De la misma forma que tuvo un origen, puede tener un final. No se trata de reproducir formas pretéritas sino de tomar conciencia de que se puede comprender lo político de otra manera.

### 3 Bibliografía [↑](#)

Bentham, Jeremy. 1977. *A Comment on the Commentaries*, en *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*. Editado por H. L. A. Hart, J. Burns y F. Rosen. London: Athlone Press.

Bentham, Jeremy. 1996. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Editado por H. L. A. Hart, J. Burns y F. Rosen. Oxford: Oxford University Press.

Böckenförde, E. W. 2000. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.

Costa, Pietro. 2007a. "La soberanía en la cultura político-jurídica medieval: imágenes y teorías". *Res Publica* 17: 33-58.

Costa, Pietro. 2007b. "The Rule of Law: A historical introduction". En *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, editado por P. Costa y D. Zolo. Dordrecht: Springer.

Cromartie, Alan. 2005. "Introduction". En T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England* en T. Hobbes, *Writings on Common Law and Hereditary Rights*, editado por Alan Cromartie y Quentin Skinner. Oxford: Clarendon.

Cruz Prados, Alfredo. 2009. *Filosofía Política*. Pamplona: Eunsa.

Davies, Sir John. 1615. "Palabras preliminares". En *Le primer report des Chases & Matters en Ley resolves & aduidges en les Courts del Roy en Ireland*, compilado y editado por Sir John Davies. Dublin: John Franckton s/p. La traducción es propia. En ocasiones se cita como Prefacio o Introducción porque propiamente no están tituladas y ni siquiera son páginas numeradas.

Domínguez González, D. J. 2009. "Hobbes y el problema de la soberanía. Algunas notas referentes a la pre-comprensión teórica del poder en la Filosofía Política moderna". *Endoxa* 23: 139-175.

Goldsmith, M.M. 1980. "Hobbes's Mortal God". *History of Political Thought* 1: 33-50.

Hobbes, Thomas. 1996. *Leviathan*. Traducido por Manuel Sánchez Sarto. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Hobbes, Thomas. 2005. *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*. En *Writings on Common Law and Hereditary Rights*, editado por Alan Cromartie y Quentin Skinner. Oxford: Clarendon.

Kavka, G. S. 1986 *Hobbesian Moral and Political Theory*. Princeton: Princeton University Press.

Martinich, A. P. 1992. *The Two Gods of Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.

Pereira Menaut, Antonio Carlos. 2003. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Pérez Luño, Antonio Enrique. 1993. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Pocock, J.F.A. 1987. *The Ancient Constitution and the Federal Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Postema, Gerald. 1989. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

Radbruch, Gustav. 1958. *El espíritu del derecho inglés*. Traducido por Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente.

Rivas, Pedro. 1996. *Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la ley*. Pamplona: Eunsa.

Rodilla, Miguel Ángel. 1992. "Estudio preliminar". En T. Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Estudio preliminar, traducción y notas de Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Tecnos.

Santoro, Emilio. 2014. *Derecho y derechos. El Estado de derecho en la era de la globalización*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Savigny, F. C. von. 1970. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho* (traducción de J. Díaz del original 1814. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* Heidelberg: Mohr und Zimmer). Madrid: Aguilar.

Skinner, Quentin. 2007. *Visions of Politics. Volume 2: Renaissance Virtues*. Cambridge: Cambridge University Press.

Spaemann, Robert. 1980. *Crítica de las Utopías Políticas*. Pamplona: Eunsa.

Varela Suanzes, Joaquín. 1998. "La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)". *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* 1: 87-166.

## 4 Cómo Citar [↑](#)

Rivas, Pedro. 2018. "Derecho y poder". En Diccionario Interdisciplinar Austral, editado por Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Franck. URL=[http://dia.austral.edu.ar/Derecho\\_y\\_poder](http://dia.austral.edu.ar/Derecho_y_poder)

## 5 Derechos de autor [↑](#)

DERECHOS RESERVADOS Diccionario Interdisciplinar Austral © Instituto de Filosofía - Universidad Austral - Claudia E. Vanney - 2018.

ISSN: 2524-941X