

PODER, ESTADO Y FUNCIONES DEL DERECHO

Una perspectiva desde la que se puede captar la función del Derecho como factor de conservación y de modificaciones sociales es la histórico-política, propia de una búsqueda filosófica de la política, que implica el análisis de la relación entre el poder político y el Estado, por un lado, y el ordenamiento jurídico, por otro. Con más exactitud es la búsqueda histórico-filosófica orientada a captar las correlaciones existentes no sólo entre las diversas formas históricas del poder político y del Estado, sino también con respecto a las diversas formas del ordenamiento jurídico —o sea sus peculiaridades en relación a la función prevalentemente conservadora e innovadora del Derecho. En efecto, el Derecho, en cuanto «realidad histórico-social normativamente valorada, y por tanto protegida» (v. D. PASINI, *Vida y forma en la realidad del Derecho*, Milán, 1964, p. 89), en su momento nomogenético, que es el presupuesto de la interpretación y de la actuación posterior, es la expresión de una valoración opcional de la realidad histórico-social operada por quien tiene el ejercicio del poder político y, por tanto, el poder decisorio y decisivo. Esta decisión opcional, y por consiguiente la objetivación normativa, pueden ser expresión de un órgano legislativo o jurisdiccional o de voliciones anónimas de la sociedad, por las que a cada mutación histórica de la forma del poder político corresponde una mutación de las objetivaciones expresas del poder y de los órganos normativos.

En consecuencia, a las tres formas históricas típicas, fundamentales del poder político —poder coercitivo como fuerza, poder como fuerza normativizada o legal y poder legítimo o como autoridad, fundado en el libre consentimiento de los consociados—, no sólo corresponden las tres formas históricas típicas, fundamentales del Estado —Estado monocrático-autocrático, Estado de derecho o legal y Estado social o legítimo o de justicia—, sino que también corresponden, respectivamente, tres funciones históricas típicas, fundamentales de la técnica de control social que es el Derecho. En efecto, al poder coercitivo, al cual corresponde el

Estado monocrático, está correlacionado el Derecho como factor prevalente de conservación-represión, fundado en las voliciones normativas de quien, siendo el titular del poder soberano, es el sujeto del Estado, la fuente del Derecho. El Derecho, en cuanto expresión de la volición normativa imperativa del poder coercitivo del «Príncipe», es un conjunto de imperativos de órdenes que tienen por objeto imponer a los consociados determinados comportamientos, queridos e impuestos por quien tiene el monopolio ejercicio del poder político a los súbditos. De esta forma el ordenamiento jurídico, como conjunto de prescripciones normativas imperativas, implica que los destinatarios estén vinculados al rígido, predeterminado esquema o modelo de conducta social, querido e impuesto por los gobernantes. Así el Derecho, además que factor de conservación social, tiene como carácter específico preeminente la función de dominio, de imposición de las opciones normativas queridas e impuestas por el poder político a los súbditos. De aquí no sólo la relación necesaria indisoluble, sino también la reducción, aún mejor la identificación del Derecho con la coacción. Es decir, el Derecho está concebido como ordenamiento represivo y aparato coercitivo, como sistema de normas negativas y organización de sanciones negativas. De manera que la organización política de los súbditos tiene como fundamento la fuerza, es decir, la imposición, las órdenes y las prohibiciones del «Príncipe», y la obligación jurídica está fundada, a su vez, en la voluntad normativa imperativa del «Príncipe», a quien no puede corresponder, por parte de los súbditos, alguna forma de libre consentimiento, de libre participación, sino una actitud de subordinación, de obediencia pasiva a la vida político-social y al ordenamiento jurídico. De aquí, precisamente, el concepto de derecho como obligación jurídica y su explicación en términos de coacción o de sanción y por tanto la ausencia de toda forma de legitimidad del poder político, del Estado, del Derecho.

* * *

El salto cualitativo correspondiente a la revolución política liberal-individualística y a la profunda transformación del relativo carácter ideológico se opera con la transformación del poder político de poder «absolutus» a «alligatus», es decir, a poder controlado, limitado, legal, y la correspondiente transformación del Estado de «absolutus» a Estado de derecho, o legal, o constitucional, en el que las libertades fundamentales, los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos están garantizados por la igualdad de frente a la ley. Este salto cualitativo implica una

análoga, radical transformación de la función fundamental del Derecho. En efecto, existe ahora un progresivo proceso histórico que implica un desplazamiento radical del sujeto del Estado del «Príncipe» a la sociedad, o mejor aún, a una parte o clase dominante de la sociedad (burguesía), y el Derecho testimonia una orientación valorativa diversa que corresponde a la elección de una orientación política operada por el poder legislativo. El Derecho, en lugar de tener como característica peculiar la función prevalentemente conservadora-represiva, asume, por el contrario, la de «garantía», de «tutela» y, por tanto, de conservación de determinadas conquistas político-social-económicas, es decir, las libertades políticas fundamentales, la igualdad frente a la ley, los derechos inviolables del hombre. Con la transformación del Estado monocrático en liberal, de derecho, operada por la transformación del ideal político, la función del Derecho es la de realizar y mantener el orden público y de garantizar a los ciudadanos las libertades recíprocas.

De esta manera, con la conquista por parte de los consociados de la libertad política como libertad «negativa», «con respecto al Estado», el derecho de instrumento operativo del «Príncipe» en función de dominio, de prescripciones normativas, rígidas, cerradas en la sociedad y por tanto en función prevalentemente conservadora-represiva de la realidad social, se convierte en un instrumento operativo, un conjunto de prescripciones prevalentemente dispositivas, elásticas, abiertas, queridas e impuestas por las clases dominantes en función prevalentemente conservadora que garantice la nueva realidad social y las nuevas estructuras. El momento nomogenético se convierte así en expresión de una determinada valoración opcional de la realidad histórica llevada a cabo por quien tiene el ejercicio, en vez de «absolutus», «alligatus», del poder político. Por tanto, los gobernantes, en su actividad legislativa, en vez de estar «desvinculados» de toda influencia, de todo control y límite de la sociedad y antes que prescindir de los valores, de los intereses sociales, están, por el contrario, influidos por éstos, limitados. La discrecionalidad del legislador está, por tanto, restringida dentro de determinados límites, y los actos legislativos están sometidos al control de la legitimidad.

De esta forma el momento decisional de la formación normativa está precisamente en relación y condicionada no sólo por la necesidad de considerar, sino también de respetar y garantizar los valores, los intereses preeminentes y emergentes de la sociedad. De esta manera el Derecho, si no expresa los fines y las estructuras de la sociedad, al menos refleja los fines y las estructuras de la clase dominante. Inicia así un lento, difícil proceso de progresiva adecuación entre las funciones y las

estructuras jurídicas, que de rígidas y estáticas, es decir, conservadoras, tienden a convertirse en elásticas y dinámicas, es decir, transformadoras de la sociedad. Se lleva a cabo de esta manera un profundo proceso dialéctico cada vez más estrecho, de implicación y de polaridad recíprocas, y por tanto de recíproca adecuación entre la sociedad y el Derecho, entre estructuras y funciones inmanentes a la vida del Derecho. Con este proceso el Derecho se socializa y la sociedad se normativiza. El Derecho, de expresión heterónoma de la voluntad normativa imperativa de los gobernantes sobre los gobernados, tiende de esta manera a convertirse en expresión autónoma de la sociedad, es decir, objetivación de soluciones normativas que, más bien que ser impuestas a los súbditos en modo exclusivo, rígido, coercitivo, por el poder político monocrático, el poder político, difuso y articulado, de la sociedad realiza de modo espontáneo, elástico, consensual.

* * *

Otro salto cualitativo, todavía más importante y decisivo, es decir, una ulterior y diversa transformación del Derecho, de su función preeminente, correspondiente a una transformación radical de los valores, del ideal político, de las costumbres de la sociedad, se realiza con la transformación histórica del poder político que pasa de poder legal a poder político consensual o legítimo, como «autoridad», fundado en el libre consentimiento de los consociados y, por tanto, con la correspondiente transformación histórica del Estado de derecho en Estado social. En esta nueva fase histórica, el sujeto del Estado, más bien que ser el «Príncipe» —como en el Estado absoluto— o una parte de la clase dominante de la sociedad —como en el Estado de derecho—, es ahora toda la sociedad, el pueblo. Esta es la razón del auténtico significado del Estado social: con la «revolución copernicana» que se verificó en la historia política, el Estado se identifica con la sociedad, y el pueblo es el titular del poder soberano. De esta manera la sociedad de objeto del poder político y de simple destinatario de las normas del ordenamiento jurídico, se convierte en sujeto activo del Estado, el titular de la soberanía, la fuente primaria del ordenamiento jurídico en cuanto es la realidad histórico-social «in fieri», en su proceso de desarrollo y de transformaciones continuas. Por tanto, el Derecho, que primero era instrumento operativo de la voluntad normativa del Príncipe, tendía a conservar, dominándola, la sociedad, simple objeto pasivo del poder político coercitivo y simple destinataria pasiva del ordenamiento jurídico mediante la téc-

nica del desaliento, con un control social pasivo, por medio de medidas represivas negativas, autoritarias y coercitivas, de normas sancionatorias; luego pasa a ser instrumento de la voluntad normativa de una clase dominante sobre la sociedad, para conservar, garantizar las libertades políticas fundamentales, los derechos inviolables de los individuos de la intromisión del poder político, hasta que, finalmente, se convierte en instrumento operativo de la sociedad, que realiza la realidad «positiva», la libertad del pueblo «en el Estado», es decir, el autogobierno.

El principio legalitario de la igualdad del ciudadano libre de frente a la ley se resuelve ahora en el principio contenedor de la igual dignidad social de cada ciudadano respecto a otros ciudadanos. De esto se deriva la función promocional de activa incidencia del Estado-gobierno en las relaciones económico-sociales con el fin de remover los obstáculos que de hecho impiden la actuación de la igual dignidad social de los individuos que constituyen el Estado-sociedad. Por esta razón existe la necesidad de librar al ciudadano de los límites que impone la necesidad. De aquí la función dinámica y promocional del Derecho, es decir, su función no sólo de coordinador dinámico de las transformaciones, sino también de estímulo y de desarrollo de la realidad social, función muy diversa, ya sea de la simple organización estática de las situaciones y de las diferencias entre las diversas clases sociales, ya sea de garantía neutral en los conflictos económico-sociales, ya sea, en fin, de prescripción sancionatoria del comportamiento de los consociados. En consecuencia, el Derecho tiene ahora como función prevalente la de promover, mediante un control social positivo, mediante medidas de incentivación, de estímulo, de aliento de los actos jurídicos conformes, de los comportamientos socialmente queridos medidas orientadas a la vida, al desarrollo del Estado social. Es, por tanto, significativo que las leyes-incentivo o de promoción sean cada vez más numerosas y que adquiera cada vez más importancia la técnica de estímulos con el fin de promover los comportamientos socialmente queridos y la función de modificar e innovar la sociedad. (Sobre la diferencia entre ordenamiento represivo y promocional, v. N. BOBBIO, «Sobre la función promocional del Derecho», en *Rev. Trim. de D. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1327 ss.)

En el Estado social, el momento nomogenético es expresión de las valoraciones opcionales de la realidad histórico-social operadas por el Estado-gobierno, que ejerce el poder decisonal en nombre y por cuenta del Estado-sociedad y que, por tanto, además de considerar y valorar —usando las técnicas de las medidas negativas— los valores, las exigencias del Estado-sociedad, sobre todo está obligado, mediante las téc-

nicas de las medidas positivas, a promover, favorecer, facilitar, desarrollar y transformar normativamente la sociedad. De aquí el empleo, cada vez más amplio y variado, por parte del Estado social, de las nuevas técnicas de promoción en sustitución o en apoyo de las tradicionales técnicas de desaliento, decididas e impuestas por el Estado monocrático y en menor grado por el Estado de derecho. Pero, precisamente porque al poder como «autoridad» corresponde una sociedad política abierta, dinámica, pluralística, que posee valores y fines múltiples y variados con estructuras y funciones tan variadas y múltiples como los anteriores, el momento nomogenético del Derecho, además de ser expresión de las valoraciones opcionales de la realidad histórico-social operadas por el Estado-gobierno, resulta ser expresión de la pluralidad de las soluciones normativas operadas en el ámbito de la sociedad en rápida transformación, correspondientes a la variedad de las fuentes sociales del Derecho, o sea a la pluralidad de los centros generadores de Derecho. Este proceso nomogenético está caracterizado, por un lado, por el progresivo ampliarse de los deberes, de las funciones del Estado-gobierno en sectores de la vida social nuevos, cada vez más vastos, en iniciativas cada vez más intensas, sobre todo a causa de la intervención progresiva y maciza del Estado en la esfera de los intereses económicos y, por tanto, por el prevalecer de los actos normativos como actos decisionales del poder político que dicta las reglas del Derecho a la sociedad en rápida transformación, con el fin de garantizar el funcionamiento y la solución de frecuentes y a menudo dramáticos conflictos sociales, creados por la sociedad pluralística. Y en el Estado social, además de las cada vez más variadas y numerosas normas y sanciones positivas, con las que el Estado-gobierno obliga a la acción a la sociedad, desarrolla su actividad con un número creciente, vertiginoso, de normas de organización o normas secundarias, con las que regula la acción de los propios órganos (v. N. BOBBIO, cit., p. 1321). Por otra parte, este proceso nomogenético está caracterizado por la formación de numerosos organismos e instituciones de Derecho privado, expresiones variadas y múltiples de centros autónomos de poder, respecto al Estado-gobierno, de estructuras y funciones jurídicas, decididas e impuestas por iniciativas autónomas de individuos y grupos sociales.

DINO PASINI

*Titolare della cattedra di Filosofia della politica
Università di Bari (Italia)*