

LA POLITICIDAD DEL DERECHO Y LA JURIDICIDAD DE LA POLÍTICA EN CLAVE IUSNATURALISTA

DANIEL ALEJANDRO HERRERA*

Resumen. Este trabajo tiene el propósito de analizar la relación entre política y derecho en el Estado de derecho actual. Desde el marco teórico iusnaturalista, la investigación está dividida en dos partes. En la primera, más descriptiva, se realiza un breve desarrollo de los distintos modelos de Estado de derecho, desde la modernidad hasta la actualidad. La segunda, más valorativa, propone una justificación filosófica, en la cual, ambos, el Estado y el derecho, la politicidad y la juridicidad, son dimensiones que expresan simultáneamente la misma naturaleza del hombre (política y jurídica porque es racional) y el mismo fin: el bien común.

Palabras clave: política, derecho, naturaleza humana, bien común.

POLITICITY OF LAW AND JURIDICITY OF POLITICS IN IUSNATURALIST CODE

Abstract. This paper aims to analyze the relationship between politics and law in the state of current law. From the iusnaturalista theoretical framework, research is divided into two parts. The first, more descriptive, is a brief development of the different models of rule of law from modernity to the present. The second proposes a philosophical justification, in which both the State and law, the political nature and legality,

* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor de Filosofía del Derecho y Decano de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: daniel_herrera@uca.edu.ar.

are dimensions that simultaneously express the very nature of man (political and legal because it is rational) and the same purpose: the common good.

Keywords: politics, law, human nature, common good.

A POLITICIDADE DO DIREITO E A JURIDICIDADE DA POLÍTICA NA CHAVE IUSNATURALISTA

Resumo. Este trabalho tem como objetivo analisar a relação entre a política e a lei no estado de lei atual. A partir do referencial teórico iusnaturalista, a pesquisa é dividida em duas partes. A primeira, mais descritiva, é um breve desenvolvimento dos diferentes modelos de Estado de direito, desde a modernidade até o presente. A segunda, mais injusta, propõe uma justificação filosófica, em que tanto o Estado e direito, a natureza política e legalidade, são dimensões que expressam, simultaneamente, a própria natureza do homem (política e jurídica, porque é racional) e o mesmo fim: o bem comum.

Palavras-chave: política, direito, natureza humana, bem comum.

§ 1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho y se habla de la vinculación o separación entre moral y derecho, entre el obrar ético y el obrar jurídico. Esta ha sido la gran división de aguas entre el positivismo y el iusnaturalismo. En cambio, voy a abordar otra relación también sumamente importante, la relación entre lo político y lo jurídico, entre el Estado y el derecho, como sucede –por ejemplo– con la noción misma de Estado de derecho o *rule of law* en la versión angloamericana (no voy a entrar en la discusión respecto de si son versiones equivalentes o si no lo son, las voy a usar como sinónimos). Esta relación ha sido abordada desde distintas visiones del derecho, pero sin perjuicio de esta variedad de concepciones voy a circunscribirme a una lectura en clave iusnaturalista.

§ 2. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

En la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado, que históricamente aparece en Europa como resultado de la

desmembración del imperio y la concentración del poder en los reyes y desde allí se expande a los otros continentes¹. Estado que sobre la base del *principio de soberanía* (BODIN), monopoliza las funciones de *imperio y normativas* sobre un cierto territorio a él subordinado. La politicidad se convierte básicamente en estatalidad, confundándose solo con el accionar del Estado y la juridicidad progresivamente se va a reducir de manera exclusiva a la positividad, al solo derecho positivo producido por el Estado, como luego va a proclamar el positivismo. Para autores como MAX WEBER: “El Estado moderno es una agrupación que con éxito e institucionalmente organiza la dominación, y ha conseguido monopolizar, en un territorio determinado, la violencia física legítima como medio de dominio”².

Todo esto no quiere decir que antes de la modernidad no existieran ciertas organizaciones o unidades políticas equivalentes al Estado, como las *polis, ciudades, reinos o imperios* que respondan a un concepto universal de lo político. Como dice BOBBIO: “El problema real del que debe preocuparse quien tenga interés por entender el fenómeno del ordenamiento político no es si el Estado existe como tal únicamente de la época moderna en adelante, sino más bien si encuentra semejanzas y diferencias entre el llamado Estado moderno y los ordenamientos anteriores, si deben resaltarse más unas que otras, cualquiera que sea el nombre que quiera darse a los diferentes ordenamientos. Quien considere que solo puede hablarse de Estado cuando se hace referencia a los ordenamientos sobre los que trataron BODIN, HOBBS o HEGEL, se comporta de esta manera porque observa más la discontinuidad que la continuidad, más las diferencias que las semejanzas; quien habla indiferentemente de Estado tanto en referencia al Estado de BODIN como en el caso de la polis griega, contempla más las analogías que las diferencias, más la continuidad que la discontinuidad”³.

Al respecto podemos decir junto con JOSÉ MARÍA MEDRANO, que las notas esenciales del Estado (territorio, población, autoridad, orden) pueden hallarse en múltiples entidades políticas, que serían especies análogas o partes subjetivas de un concepto común universal de uni-

¹ AYUSO, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, p. 33 y 36.

² WEBER, “Política y ciencia”, en *Obras selectas*, Max Weber, p. XX a XX.

³ BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, p. 92.

dad política que se ha conocido con distintos nombres a lo largo de la historia y que hoy llamamos Estado⁴. Término que se impuso con MAQUIAVELO en el siglo XVI, cuando en *El Príncipe* comienza la obra diciendo: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados”⁵. Esto no quiere decir que MAQUIAVELO inventó la palabra, pues él mismo no hubiera podido utilizarla si ella no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI⁶. Ahora bien, semejanza o similitud no quiere decir igualdad, por ejemplo, que los regímenes de la polis griega y del moderno Estado de derecho sean iguales. Entre ambos encontramos semejanzas y diferencias. La cuestión es si prevalecen más las primeras que las segundas.

Luego de esta introducción al tema voy a concentrarme en la relación entre política y derecho en el Estado de derecho actual. Para eso voy a dividir mi exposición en dos partes. La primera, más descriptiva, donde realizaré un breve desarrollo de los distintos modelos de Estado de derecho desde la modernidad hasta la actualidad. La segunda, más valorativa, desde una justificación filosófica en clave iusnaturalista (las otras justificaciones no las voy a abordar porque exceden el marco del presente trabajo, aunque voy a realizar algunas menciones a título comparativo).

§ 3. **ESTADO DE DERECHO. DISTINTOS MODELOS**

El Estado de derecho tal como lo conocemos hoy es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una forma nueva, pues confluye la moderna realidad política (*Estado*), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (*derecho*) que pasa del *ius comune* al derecho nacional o estatal (que actualmente se extiende al derecho internacional como derecho interestatal). En *teoría*, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al derecho entendido sobre todo como ley. Dicho en otras palabras, es el *gobierno de la ley*, por lo cual todo, absolutamente todo, incluido el poder político está regulado y por lo tanto subordinado a la ley. Ahora bien, en la

⁴ MEDRANO, *Para una teoría general de la política*, p. 215.

⁵ MAQUIAVELO, *El Príncipe*, p. 1.

⁶ BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, p. 86.

práctica no siempre es así, pues justamente al arrogarse el Estado moderno el monopolio de la producción jurídica, al ser fundamentalmente la política y específicamente el poder político el artífice de la ley, muchas veces se ha producido el sometimiento del derecho al poder político de turno y paradójicamente dicho sometimiento se hacía en nombre de la ley y por medio de la ley (históricamente tenemos muchos ejemplos, incluso hoy día).

En cuanto a su origen histórico, este se da con los procesos revolucionarios en los Estados modernos (siglos xvii y xviii), que van a reemplazar a los Estados absolutos que surgen en Europa a los que me referí anteriormente (no al régimen medieval anterior, sin perjuicio del mantenimiento del Estado jurisdiccional estamental en todo lo que no se oponía a la centralidad monárquica y su burocracia estatal). A su vez, posteriormente se da el paso del *Estado legal de derecho* con epicentro en la ley, según el clásico modelo francés posrevolucionario, al *Estado constitucional de derecho*, que surge en Europa en la segunda posguerra (cabe decir que en los Estados Unidos de América y América en general ya existía un Estado constitucional bajo el modelo constitucional liberal americano), con epicentro en la Constitución, que deja de ser una carta política para transformarse en la norma fundamental con jerarquía supralegal y directamente operativa en especial en materia de derechos humanos que declara y garantiza. Derechos humanos a su vez, internacionalizados e internalizados en las distintas constituciones, que abarca no solo la dimensión normativa (constituciones y tratados internacionales) sino también jurisdiccional (tribunales constitucionales e internacionales). Este modelo nace paradójicamente en los países europeos derrotados en la segunda guerra, con la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental alemana de 1949, extendiéndose luego al resto de Europa, a América y a otras latitudes.

Al respecto, dice MAURIZIO FIORAVANTI: “como se ve claramente, las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo xx no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, *del Estado de derecho al Estado constitucional*, de un tipo histórico de Constitución a otro, *de la Constitución liberal a la Constitución democrática*. Y no existe duda que se trata del paso de una situación en la que la ley (en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de derechos) es sustancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constituciona-

lidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria la vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la Constitución”⁷. A decir verdad, a diferencia del modelo europeo al que se refiere el autor citado, hay que decir que el control de constitucionalidad ya existía en el modelo estadounidense desde 1804, a partir de *Marbury v. Madison*.

§ 4. ***ALGUNAS REFLEXIONES EN CLAVE IUSNATURALISTA***

“¿Qué es más útil, ser gobernado por el mejor de los hombres o por la mejor de las leyes?”. He aquí la cuestión central de la relación entre política y derecho. Ahora bien, esta pregunta no surge recién en la modernidad con la aparición del Estado de derecho al que hicimos referencia, sino que la realiza ARISTÓTELES para referirse al gobierno de la *polis*. Y lo más sorprendente (contrariamente a lo que uno pudiera imaginar por la época en que fue dicha) es que se inclina por el gobierno de las leyes, dado que, por ser general, “la ley no tiene pasiones, cosa que necesariamente se encuentra en cualquier alma humana”⁸. En el mismo sentido podemos mencionar al último PLATÓN, que luego de ver la imposibilidad de alcanzar el ideal de que el rey se haga filósofo o el filósofo se haga rey (incluyendo varias experiencias personales en política que casi le cuestan la vida) se inclina por el gobierno de las leyes, como lo señala en su última gran obra que se llama justamente *Las leyes*: “En efecto, allá donde la ley está sometida a los gobernantes y carece de autoridad, veo pronto la ruina de la ciudad; y donde, por el contrario, la ley es señora de los gobernantes y los gobernantes son sus esclavos, veo la salvación de la ciudad”⁹. Acaso no estamos aquí frente a claros ejemplos de preferencia por el Estado de derecho realizados hace veinticinco siglos.

Ahora bien, al respecto se plantea el mencionado BOBBIO: “¿ya que las leyes generalmente son puestas por quien detenta el poder, de donde vienen las leyes a las que debería obedecer el propio gobernante? Las respuestas dada por los antiguos a esta pregunta abrieron dos caminos. El primero: por encima de las leyes puestas por los gobernantes hay otras leyes que no dependen de la voluntad de los gober-

⁷ FIORAVANTI, *El Estado moderno en Europa*, p. 38; ARISTÓTELES, *Política*, p. XX.

⁸ ARISTÓTELES, *Política*, p. XX.

⁹ PLATÓN, *Las leyes*, p. XX.

nantes, y son las leyes naturales, derivadas de la propia naturaleza del hombre que vive en sociedad; o bien, las leyes cuya fuerza obligatoria proviene del estar arraigadas en lo que es la tradición. Una y otras son leyes ‘no escritas’ o ‘leyes comunes’, como aquellas a las que obedeció ANTÍGONA violando el mandato del Tirano, o aquellas a las que obedeció SÓCRATES que rechazó huir de la prisión para salvarse del castigo. El segundo: al inicio de un buen ordenamiento de leyes hubo un hombre sabio, el gran legislador, que dio a su pueblo una constitución a la que los futuros regidores se deberán apegar escrupulosamente”¹⁰.

Por eso, conforme a la tradición central de Occidente *la politicidad del derecho y la juridicidad de la política*, tiene que ver con la naturaleza propia tanto de lo político como de lo jurídico. Efectivamente, ARISTÓTELES, luego de dividir la justicia en general y particular, la concreta encarnándola en la justicia política, donde lo justo político parte es natural y parte convencional¹¹. Lejos está el estagirita de concebir lo justo natural como lo justo en un estado de naturaleza individual y presocial, al modo como lo hacen los contractualistas modernos (HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU) o algunos sofistas antiguos, que distinguían entre la *physys* y el *nomos*. Esto es así, porque para ARISTÓTELES la naturaleza del hombre es política (*zoom polytykon*) porque es racional (*zoom logotykon*), donde justamente *el logos* y *la palabra* son lo que distinguen al hombre de los animales, incluso de los más gregarios, término que ha sido concedido –según ARISTÓTELES– para expresar el bien y el mal, lo justo y lo injusto. Así el hombre, conforme a su naturaleza, se agrupa en distintas comunidades, empezando por la familia, siguiendo por las aldeas hasta terminar en la *polis* como comunidad de comunidades, como una *unidad de orden*¹². Así es también en el derecho romano propio de la *civitas* romana, como en la *ciudad* medieval. Como dice JOAQUÍN GARCÍA HUIDOBRO: “La existencia misma del lenguaje nos remite a la de los otros hombres. Sin esa dimensión social es impensable el hecho mismo de la constitución de la identidad individual. Por eso no es paternalismo ni colectivismo atender al papel de la comunidad en la

¹⁰ BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, p. 132.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. XX.

¹² ARISTÓTELES, *Política*, p. XX.

configuración del individuo, sino la consecuencia de ver qué sucede en la realidad”¹³.

En consecuencia, podemos ver en el hombre la equivalencia entre naturaleza y razón. Todo obrar humano (entre los que encontramos tanto el obrar político como jurídico) se orienta a un fin que tiene razón de *bien*. Naturaleza que no se identifica con el mero hecho (*factum*) sino que fundamentalmente es fin (*telos*). Que descubrimos por la razón en la propia naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin, cuyo despliegue es justamente todo el obrar cultural libre que el hombre (porque es naturalmente racional) desarrolla a partir de ella (en el que ubicamos también al derecho positivo), por lo que la cultura es una segunda naturaleza.

Esto se mantiene hasta la modernidad. Al respecto dice INNERARITY: “La ruptura moderna entre razón y naturaleza se hace también visible en el nuevo orden político, cuyo principio constitutivo continúa siendo el *primado de la subjetividad* que discurre en paralelo con una concepción mecanicista de la naturaleza. Este antagonismo queda planteado en el esquema típico para la justificación del poder: *el binomio estado de naturaleza-estado de sociedad*. Para los modernos, la historia humana puede entenderse como el tránsito de la naturaleza a la cultura, del instinto a la razón, del individuo a la sociedad. En virtud de tal explicación, los pares mencionados son entendidos en radical oposición: el caos de la naturaleza frente al orden cultural, la particularidad sensible frente al universalismo abstracto de la razón, el egoísmo individual frente a la solidaridad política. En el plano concreto de la teoría política, ello *supone el abandono del viejo principio de la sociabilidad natural*. El hombre no debe ser entendido en adelante como ‘animal político’, sino como individuo soberano. La situación y condición humanas (lo que aquí hemos llamado su contexto social) no entran ya en la definición del hombre, sino a la manera de un añadido externo y circunstancial. El individuo es indiferente al lugar social. No es extraño que la moderna filosofía política haga del conflicto (natural) y no de la armonía social su punto de partida. Este planteamiento concuerda con la visión mecanicista de la naturaleza. La política es huida de la condición natural”¹⁴.

El hombre ya no es considerado un *zoom polytykon* (ARISTÓTELES), sino que conforme a esta visión mecanicista de la naturaleza

¹³ GARCÍA HUIDOBRO, *Simpatía por la política*, p. 53.

¹⁴ INNERARITY, *Dialéctica de la modernidad*, p. 30.

(que la reduce solamente a sus causas materiales y eficientes, negando la formalidad y finalidad del orden natural), es considerado un individuo naturalmente aislado que solamente se junta con los demás individuos aislados para escapar de esa limitada condición natural, evitando los riesgos vitales y garantizando los derechos individuales a través del pacto, fruto de la autonomía de la voluntad.

Es aquí justamente donde encontramos *la clave de la cuestión*, en un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo, en un viraje de una concepción armónica de la comunidad a otra basada en el conflicto de partes. En este plano se produce la sustitución del concepto con fundamento *in re* de esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción ficta de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en HOBBS o en ROUSSEAU. Cabe aclarar que, en el caso de LOCKE, pretende armonizar ambas¹⁵. En este cambio de perspectiva encontramos la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del estado social (como sucedáneo del estado individual) como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de autonomía de la voluntad. Como contrapartida del individualismo surgen los colectivismos o totalitarismos de distinto signo ideológico, como los que proliferaron en el pasado siglo, que reconociendo la misma raíz en el atomismo de los individuos consideran a estos como piezas o engranajes de un sujeto colectivo representado por el Estado al que le reconocen personalidad como una unidad sustancial (como si fuera un ser en sí) y no de orden como veíamos en ARISTÓTELES. La concepción clásica se opone tanto al individualismo como al colectivismo o totalitarismo.

Volviendo a la versión actual de Estado constitucional de derecho, constituirían los principios de racionalidad y eticidad o ejes del nuevo paradigma: 1) los *derechos humanos* constitucionalizados e internacionalizados directamente operativos por encima de las leyes y aplicados por los jueces; 2) la *democracia* entendida especialmente como *procedimental*, abarcativa de los *procedimientos* jurídico-políticos que establecen la forma de las decisiones normativas constitucionales y legales; 3) habría que agregar en el plano judicial la decisión conforme a derecho en el marco del debido proceso. Para

¹⁵ LEOCATA, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", en ALTERINI [et. al], *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, p. XX a XX.

algunos autores como FERRAJOLI los derechos humanos constituyen una instancia de *democracia sustancial* que como esfera de *lo indecidible* (al estar decidido en la instancia constituyente) tiene prioridad sobre la democracia formal o procedimental en el plano de los poderes constituidos¹⁶.

Ahora bien, por un lado podemos señalar que la inclusión de contenidos sustanciales es superador del puro formalismo anterior, como también resaltar la importancia que tienen en el sistema los jueces como intérpretes naturales de la Constitución y las leyes; pero por otro lado, en este último punto existe el peligro de la extralimitación de algunos jueces (no todos) llamados o conocidos como “activistas”, que por medio de normas particulares (como son los fallos) y amparados en la textura abierta de los principios o normas constitucionales directamente operativas (derechos humanos), en algunos casos interpretan libremente el derecho y “crean” la norma *ex post factum*, “a piacere” de sus preferencias ideológicas o de lo que consideran “políticamente correcto”, aunque no sea justo o conforme a derecho. De esta manera, el riesgo es modificar el Estado de derecho pasando de un *gobierno de la ley o de la Constitución* como norma general según el caso, a un *gobierno de los jueces* (como una nueva versión de la supremacía del gobierno de los hombres sobre el gobierno de la ley).

Respecto al primer eje de los *derechos humanos*, autores neoconstitucionalistas como DWORKIN, ALEX, HABERMAS, ZAGREBELZKY o el mencionado FERRAJOLI, entre otros (utilizando la categoría neoconstitucionalista en sentido muy amplio, incluso algunos niegan serlo), tienen dificultades para la justificación o fundamentación de los derechos humanos entendidos como principios. Mayoritariamente apelan al consenso, que es bueno que exista para la concreción de los derechos en el espacio y en el tiempo, pero que no puede ser su fundamento último porque constituye una justificación o fundamentación débil y revocable por la misma vía (no tengo tiempo, ni es mi objeto analizar cada una de estas posturas). Por eso sin adherir al neoconstitucionalismo como teoría, voy a referirme en clave iusnaturalista clásica al Estado constitucional de derecho como sistema jurídico-político actualmente vigente (porque una cosa es la realidad del sistema y otra son las teorías que tratan de explicarlo, por lo que no es necesario ser neoconstitucionalista para hablar del Estado constitucional de derecho actual). Para que no quede lugar a equívocos

¹⁶ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, p. 80.

desde esta perspectiva iusnaturalista clásica hay que decir, en primer lugar que los *derechos humanos* existen (lo mismo que sus correlativos deberes). En segundo lugar, que existen, no con una mera existencia contingente como sería para quienes los consideran como un producto histórico en una época determinada, o resultado del mero consenso como señalé anteriormente, sino como una dimensión esencial del ser humano. Y en tercer lugar, que como tales deben ser reconocidos y protegidos por el Estado y el ordenamiento jurídico. Ahora bien, luego de señalar con firmeza esto, hay que señalar también que *no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados* (caso contrario no tendría sentido plantearse el problema del fundamento de los derechos humanos). O en todo caso solo pueden ser fundantes y por tanto considerarse principios del obrar humano posterior, en la medida que se fundan en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico) y política del hombre en virtud del principio que dice que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*).

Derechos (y deberes) que no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad, por eso una de las notas esenciales del derecho y de los derechos y deberes es su referencia a otro (alteridad). Tanto al otro entendido como particular, como al otro entendido como común (el Estado). En este sentido, *los derechos son dimensiones de la justicia distributiva* (según la tradicional división de la justicia de ARISTÓTELES) que el Estado debe reconocer y garantizar a cada una de las partes (personas y comunidades menores) que lo integran, que como contrapartida tienen las obligaciones de justicia legal con la comunidad política. Ambas (justicia distributiva y legal) con norte en el bien común.

Lo mismo sucede con el segundo eje de los *procedimientos*, que tampoco son en sí mismo fundantes, dado que el solo y mero procedimiento no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material (como son justamente los derechos humanos) lo que constituiría un típico caso de *falacia procedimentalista*, como sostiene KAUFMANN, al referirse a autores como RAWLS o HABERMAS, al que podemos agregar a FERRAJOLI¹⁷, sino que más bien estos procedimientos (que también son importantes y hay que valorar y no menospreciar) son válidos en tanto y en cuanto se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar en sus

¹⁷ KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, p. 48.

distintas manifestaciones (general y particular) y en su diferente origen (natural y convencional) en orden al bien común. Principios de justicia que también se apoyan en la misma naturaleza racional y política del hombre. Caso contrario tendríamos un Estado de derecho puramente formal pero vacío de contenido de justicia y ordenación al bien común.

Tampoco puede ser la *fuerza* el fundamento último del poder, del Estado, del derecho y de los derechos (puede ser un hecho pero no un criterio de justificación). Porque si fuera así, como decía SAN AGUSTÍN: “Desterrada la justicia ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios? Y estos ¿qué son sino pequeños reinos?”¹⁸, afirmación realizada en la *Ciudad de Dios* cuando cita la respuesta del pirata a Alejandro Magno, al que le dice que por sobresaltar el mar con un barco a mí me llaman pirata, mientras que a ti por hacerlo con una flota te llaman emperador. Esta dicotomía entre el poder como dominación del más fuerte por una parte y como servicio a la justicia y al bien común por otra, la encontramos ya en el diálogo de SÓCRATES con Trasimaco que PLATÓN refleja en el Libro I de la República, o en el mencionado alegato de ANTÍGONA frente al Tirano Creonte, donde PLATÓN y SÓFOCLES muestran la superioridad moral de la concepción de SÓCRATES y ANTÍGONA sobre las de Trasimaco y Creonte.

En suma, para ir terminando vuelvo a referirme a BOBBIO: “Los criterios con los que el buen gobierno se ha distinguido del mal gobierno son, sobre todo, dos: el gobierno para el bien común, distinguido del gobierno para el bien propio; el gobierno según leyes establecidas –ya se trate de leyes naturales o divinas–, o bien las normas de la costumbre o las leyes positivas promulgadas por los predecesores y que se han convertido en consuetudinarias del país, distinguido del gobierno arbitrario, cuyas decisiones son tomadas cada vez fuera de toda regla preconstituida”¹⁹.

§ 5. *A MODO DE CONCLUSIÓN*

Como dice OLGIAI: “En pocas palabras: también para el concepto de derecho, como para cualquier otro concepto es preciso mirar al ser y a sus leyes racionales. La politicidad es una de esas leyes, que

¹⁸ SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, p. XX.

¹⁹ BOBBIO, *El futuro de la democracia*, p. 170.

proceden de la intrínseca naturaleza del ser humano. Ahora bien, si el Estado procede *ex ipsa natura hominis*, lo esencialmente necesario para realizar dicha finalidad, que es el Estado, brotará también de las íntimas exigencias, de la misma naturaleza del hombre. El derecho, por tanto, está en función de la politicidad”²⁰. Por eso, en esta vinculación entre Estado y derecho no es el derecho el que surge del Estado (como sería solamente en el caso del derecho positivo de origen estatal), ni es el Estado el que existe como consecuencia del derecho (pues incluso el derecho o lo justo natural no es prepolítico, pues se da en el marco del Estado o de lo justo político como vimos en ARISTÓTELES), sino que ambos, el Estado y el derecho, la politicidad y la juridicidad son dimensiones que expresan simultáneamente la misma naturaleza del hombre (política y jurídica porque es racional) y en ella se fundamentan. Y justamente es el bien común como fin último, tanto de la política como del derecho, el criterio final que vincula ambas dimensiones y justifica tanto *la politicidad del derecho como la juridicidad de la política*.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L V, 12.

— *Política*, 1286a.

AYUSO, MIGUEL, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

BOBBIO, NORBERTO, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, México, FCE, 2010.

— *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

FIORAVANTI, MAURICIO, *El Estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

GARCÍA HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Simpatía por la política*, Santiago de Chile, Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, 2007.

INNERARITY, DANIEL, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1989.

KAUFMANN, ARTHUR, *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Themis, 1998.

LEOCATA, FRANCISCO, “Las ideas iusfilosóficas de la ilustración”, en ALTERINI, JORGE [et al], *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003.

MAQUIAVELO, *El Príncipe*, Buenos Aires, Biblos, 2003.

MEDRANO, JOSÉ MARÍA, *Para una teoría general de la política*, Buenos Aires, Educa, 2012.

²⁰ OLGIATI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, p. 230.

OLGIATI, FRANCESCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977.

PLATÓN, *Las leyes*, 715d.

SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, libro IV, capítulo 4.

WEBER, MAX, "Política y ciencia", en *Obras selectas*, Max Weber, Buenos Aires, Distal, 2010.