

POLÍTICA Y DERECHO

por el Académico correspondiente DR. LUIS SÁNCHEZ AGESTA *

A mi querido maestro y amigo José Cortés

Al defender la autonomía de la Ciencia política en los últimos veinticinco años algunos científicos políticos o sus colegas europeos, que se complacen en designarse a sí mismos con el nombre poco eufónico de "politicólogos", por uno de esos fenómenos de rechazo tan frecuentes en la ciencia, parecen ignorar el Derecho.

El fenómeno tiene una explicación natural en el intento de la ciencia de principios de siglo de construir el Estado y de entender los fenómenos políticos desde el punto de vista exclusivo de la Ciencia jurídica. Como es sabido el pensamiento helénico situó la política en puntos centrales del pensamiento filosófico y el cristianismo hizo que la Edad Media tratara de entender la política y el derecho en el marco de la Teología. La misma obra de Suárez, el más moderno y secularizado de los epígonos de ese pensamiento, titula su obra fundamental *De legibus et de Deo legislatore* y Vitoria maneja conjuntamente argumentos teológicos, filosóficos y jurídicos. Pero los autores posteriores al Renacimiento, como el mismo Bodino, inician una doctrina autónoma que se funda sobre todo en el derecho. La soberanía de Bodino se basa en el análisis de dos o tres fórmulas jurídicas y, especialmente, en aquella que define la potestad *ab legibus soluta*. Los juristas políticos de los siglos XVII y XVIII continuaron esta línea apoyando el Derecho en el derecho natural secularizado y el siglo XIX descubrió el constitucionalismo en el que trataba de resolver todos los problemas políticos.

* Catedrático de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Es natural, pues, esta reacción de la Ciencia política y nadie discutiría su derecho a una autonomía científica. Pero también es necesario subrayar la autonomía del Derecho, notando de paso que todos los análisis, observaciones y sistematizaciones de la Ciencia Política sobre el poder y la influencia, la conducta de los hombres políticos, las decisiones, los conflictos o la formulación de proyectos al servicio de objetivos, hacen referencia en último término a cómo se forma el Derecho, cómo se desarrolla, cómo se aplica, cómo se elude su cumplimiento, cómo se transforma o cómo se anula su vigencia. En fin de cuentas los fenómenos de la convivencia humana son de una manera muy singular fenómenos jurídicos. Y bastará recordar que Aristóteles al iniciar su *Política* con un análisis de la naturaleza social del hombre, no sólo se apoyó en la capacidad y la necesidad de los hombres de comunicarse, sino en su capacidad para establecer una vida jurídica, distinguiendo lo justo de lo injusto.

Hay pues una íntima relación entre la política y el derecho que no podemos desconocer. Es más, nuestro concepto del Derecho aparece modelando nuestro concepto de la Política y recíprocamente. Este hecho puede comprobarse en muchos datos de la vida jurídica o política. Y quizá conviene tener una visión más completa examinando esta relación de la política y el derecho en el nivel de los grandes sistemas jurídicos.

En el mundo moderno podemos distinguir quizá cinco grandes sistemas jurídicos. Con un carácter parcial hay formas de Derecho consuetudinario no escrito en sociedades no desarrolladas o primitivas en que no están diferenciados la religión, la magia y ciertos usos de convivencia. Aunque no dejan de ser sugestivos dejaremos su estudio para la Etnografía. También prescindiremos de ciertas formas jurídicas de los países musulmanes en que el Derecho tiene un fundamento en el Corán que es interpretado con gran flexibilidad por jueces que tienen un carácter mixto, profano y sagrado. Por último prescindiremos también, puesto que plantea problemas muy diversos, de la concepción jurídica en la Unión Soviética y otros países de influencia marxista en que el Estado y el Derecho son considerados como fenómenos sociales, sujetos a la dialéctica materialista que considera como determinantes de esa superestructura las relaciones económicas de producción. De acuerdo con la doctrina de los autores soviéticos el Dere-

cho es la expresión de la voluntad de la clase dominante que tiene como misión principal proporcionar "los mecanismos" para transformar la economía a través de su función reguladora¹.

Con estas exclusiones nos quedan dos grandes sistemas jurídicos: el anglosajón y el latino fundado en el Derecho romano y germánico. Y si queremos distinguir con un primer criterio global estos dos grandes sistemas jurídicos de Occidente quizá el mejor criterio sea apoyarnos en el proceso intelectual mediante el que nos aproximamos a la resolución de un problema jurídico, esto es, a la forma en que reflexionamos para aplicar el derecho a la vida

Un español, un francés, un alemán o un italiano ante un problema jurídico piensa ante todo en qué precepto normativo, ley, código, reglamento, decreto u orden puede dar la solución del problema propuesto. Un inglés o un norteamericano atienden con preferencia a los precedentes judiciales que precisan o deducen las consecuencias del *Common Law* o de los principios de un orden constitucional centenario y a las orientaciones que podrán deducirse por el juez de esos principios para dar una solución en un caso concreto. Es claro que ni el jurista latino ni el anglosajón dan a este proceso de reflexión un valor absoluto. También el europeo continental atribuye valor a la jurisprudencia y a la costumbre y el anglosajón atiende al derecho escrito aprobado por el Parlamento o el Congreso. Pero hay sin duda una orientación básica en la manera de entender el Derecho que incluso se refleja en los métodos de enseñanza que en un supuesto se centran en la construcción y análisis de las normas aprobadas por el legislador y en el otro en los casos sobre los que ha recaído una decisión judicial. Nos hallamos sin duda ante estas dos concepciones occidentales del Derecho, que sin ser incompatibles ofrecen matices que dan lugar a una distinta concepción de las relaciones entre Política y Derecho.

EL DERECHO COMO VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

Para los juristas europeos continentales, como consecuencia de la recepción de un Derecho romano codificado

¹ Ver el volumen XXII, 3, 1970, de la *Revue Internationale des sciences sociales (Tendances de la science juridique)*.

y la concepción jurídico política de la Revolución francesa hay un punto de partida normativista y voluntarista, que sólo está en parte moderado por la apreciación de valores o fines propios del Derecho. La Declaración de Derechos de 1789 afirmó el primado de la ley como fundamento de la libertad y de la igualdad y definió la ley como la expresión de la voluntad general. El jurista se formó así una visión del mundo de las relaciones sociales en el que juega un papel preponderante la seguridad y objetividad de esas relaciones en el cuadro de un orden normativo definido por un legislador. Su concepción del Derecho parte, pues, de la existencia de una norma establecida por la voluntad de un legislador.

Es claro que en esta concepción se filtran otros valores que los juristas acentuarán como ha destacado Schmitt². Las normas establecen pautas objetivas de la conducta humana, previendo las consecuencias de los actos y definiendo así las situaciones de los hombres entre sí y con el mundo que les rodea como derechos y deberes recíprocos cuyo cumplimiento está garantido por un poder público. La ley es así fundamento de la seguridad e incluso de la libertad. De acuerdo con un principio de interpretación la ley es más inteligente que el legislador y en cierta manera se la emancipa así de la voluntad del legislador para encontrar su sentido objetivo al servicio de la libertad y de la seguridad.

En la medida en que se acepta que esta ordenación normativa de la vida social debe ser justa y estar orientada a dar a cada uno lo suyo, esto es, lo que se le debe a cada hombre como necesario para su desenvolvimiento personal y a la sociedad para su conservación y desarrollo, hay un principio más de carácter ético jurídico, la justicia, que se inserta en esta interpretación del Derecho. El origen de esta interpretación arranca tanto del Derecho Romano como de la concepción iusnaturalista secularizada que trata de dar al Derecho un principio autónomo racional.

El jurista europeo continental llega así a una concepción del Derecho que comprende la vida política como relaciones de poder, en que se concibe éste como una facultad o derecho de mando que establece la norma a la que corresponde una obligación jurídica de obediencia. La nor-

² *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker y Humblot, Berlin, 1958, p. 386-439.

norma misma, con su claridad y su previsión abstracta de situaciones, es el fundamento mismo de la libertad y de la seguridad. Su aplicación debe tener presentes estos valores y una voluntad de justicia del legislador. Los fallos de esta concepción son de una parte que ese derecho de mando y ese deber de obediencia tienen que estar fundados en una norma que desborda el Derecho positivo y que exige una fundamentación filosófica, ética o sociológica. De otra parte, que aunque la norma parezca en cierta manera adquirir una consistencia objetiva mediante esa interpretación al servicio de la seguridad, la justicia y fines objetivos que hacen la ley más inteligente que el legislador, también es cierta la dura crítica de Kirchman cuando negó valor a la jurisprudencia como ciencia con la afirmación, que ha devenido tópico, de que un plumazo del legislador convierte en papel impreso inservible (Makulatur) toda una biblioteca. La norma está pendiente de esta voluntad del legislador, que incluso en nuestros días, en virtud de lo que se llama "legislación motorizada", son muchas veces decretos leyes, órdenes ministeriales y hasta circulares reservadas de los servicios administrativos.

PODER POLÍTICO Y DERECHO

La visión del político tiene un carácter diverso pero en parte coherente con este voluntarismo jurídico. El político de una manera casi biológica piensa en términos de poder. Su fundamental preocupación es adquirir poder, conservarlo, defenderlo y desarrollarlo. Para él la norma es un límite o un instrumento. Cuando se define como un político realista es porque está atento a los intereses, las demandas y los deseos de quien concede o apoya su poder. Bien sea el pueblo o los electores, bien un grupo oligárquico, bien un rey absoluto, un dictador o un jefe, cuyos pensamientos y deseos más ocultos tratará de adivinar. Valorará más la fidelidad a su persona o la atención a su juicio que la calidad y eficacia de quienes le sirven. Y verá en quienes se oponen a su poder enemigos con los que mantendrá una discusión polémica en una lucha, incluso a veces sucia, por el poder.

Cuando el político supera este sentido elemental e intuitivo del poder y tiene la calidad de un hombre de Estado, ponderará al mismo tiempo los objetivos a realizar. Hom-

bres y cosas, normas e instituciones serán para él instrumentos al servicio de esos objetivos. Su propia vida hallará su sentido en cumplirlos y su grandeza se medirá por su disposición para sacrificar goces y beneficios, salud y riquezas al servicio de los fines que se propone como un ideal. La pasión de estos fines le hará concebir la vida política como una lucha forzada para ajustar y resolver conflictos y suprimir todos los obstáculos que se oponen a la realización de sus objetivos.

No debe olvidarse que la acción política como poder polémico que discute y propone objetivos, se mueve además en el ámbito de lo indeterminado. Desde el pensamiento griego a Maquiavelo se ha destacado el valor de la fortuna como elemento externo a la voluntad racional del hombre en el juego de la historia política. La acción política supone decisiones entre alternativas con una iniciativa creadora; ejecución de lo que se decide; consecuencias imprevisibles y, con frecuencia, no queridas, de lo decidido y ejecutado. A la seguridad racional del Derecho parece así oponerse la incertidumbre irracional de la política, sujeta al azar de cuándo, en qué circunstancias, para qué, cómo y qué se decidirá, cómo se ejecutará lo decidido y qué consecuencias determinarán estas decisiones. La política tiene siempre algo de juego porque escapa a la previsión y la garantía con que el derecho define la conducta humana.

¿Qué valor tiene esta visión del mundo del político frente a la concepción normativa de esa concepción continental del Derecho? En primer lugar el acceso al poder puede ser legitimado en la medida en que se ha realizado de acuerdo con el Derecho y el político ve así en el Derecho un refuerzo de su poder que le permite presentarse como autoridad legítima. Pero fundamentalmente ve en el Derecho como precepto normativo un instrumento del poder a través del cual se formulan y se cumplen sus mandatos. Por último, aunque pueda de un plumazo alterar toda la jurisprudencia sobre la que se asienta un orden, ese Derecho es un límite.

La trampa del político es que tiene que respetar el Derecho, con que se legitima su autoridad y que utiliza como instrumento de mando y como prevención de conflictos menores y se ve limitado por ese mismo Derecho, cuyo respeto ha de enaltecer en su propio beneficio. Este es el clásico tema dramático de una tensión entre política y de-

recho. Cuando ya Jellinek hablaba de una autolimitación del poder no buscaba una salida ética al problema, ni derivaba a una concepción utópica. El político que ejerce poder y que ha accedido al poder de acuerdo con unas normas jurídicas tiene que respetar y hacer respetar esas normas para hacer creíble su propia legitimidad. El político que se sirve del derecho, casi como una herramienta, necesita que sea un instrumento útil. El político queda así prisionero de sus propios instrumentos, las normas jurídicas, a las que por otra parte los juristas occidentales han concedido un valor autónomo al servicio de la seguridad, de la libertad y de la justicia.

Así el problema clásico de esta concepción del Derecho es la limitación del poder político del Estado por el Derecho. Sin duda el jurista tiene que asomarse al mundo de la sociología jurídica para definir cómo el propio legislador ha adquirido una legitimidad, y para medir la vigencia de las normas. El jurista se sirve así de la sociología, de la filosofía y de la ética para apoyar la propia autonomía del Derecho. Su problema central es suprimir los poderes discrecionales, establecer controles y recursos allí donde necesariamente no existen (como en el recurso de desviación de poder o en el de constitucionalidad de la ley), establecer con rigor la jerarquía de las normas, procurar que los poderes o las funciones se frenen recíprocamente, velar por las normas de procedimiento y, en general, cuidar todas aquellas técnicas que combaten la inmunidad del poder y tratan de reducir a lo ponderable y previsible, lo discrecional y azaroso.

Así es como se produce esa situación de distanciamiento entre una Sociología política o una Ciencia política autónoma y una Ciencia jurídica que construye el ordenamiento jurídico emanado de un legislador. De aquí esa clásica distinción entre un concepto sociológico o político y un concepto jurídico del Estado, como dos concepciones paralelas cuyos epígonos son, de una parte, la teoría pura del Derecho de Kelsen y, de otra, las varias direcciones que consideran la teoría del poder y del conflicto como fenómenos autónomos que sólo tienen una relación marginal con la Ciencia jurídica. Aun cuando el jurista pueda hacer la ley más inteligente que el legislador, queda bloqueado por los términos en que éste la formula y aun cuando forme conceptos y construya un sistema lógico de las normas, basta un plumazo del legislador para convertir en papel inservible una biblioteca jurídica.

LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Existe otra posible concepción de lo jurídico que, respetando la autonomía de las Ciencias jurídicas, sociológicas, económicas y políticas nos permite una comprensión más equilibrada de lo político y lo jurídico.

El tema debe plantearse con una ponderación que no signifique una ruptura absoluta con la tradición europea continental. Esto es, no debe plantearse como una alternativa rigurosa, sino como una concepción complementaria que nos permita comprender desde otro punto de vista la relación de lo jurídico y de lo político. Con este talante debemos aproximarnos a la concepción institucional del ordenamiento jurídico como un orden concreto que en cierta manera corresponde al concepto anglosajón del derecho. El carácter histórico, consuetudinario, evolutivo y en cierta manera judicial que se atribuye al Derecho constitucional inglés corresponde a esta concepción. No hay una ley constitucional escrita, sino un conjunto de estatutos, costumbres y convenciones que "ordenan" la comunidad política británica. Al Derecho nacido de la voluntad de un legislador se une así la ponderación de un derecho consuetudinario que por la reiteración de hechos y prácticas adquiere un carácter normativo en la medida en que desarrolla los grandes principios inspiradores de la unidad de un ordenamiento. Así por ejemplo, el gran principio del gobierno de gabinete no está escrito en ninguna ley y es la base de la democracia inglesa. El gran principio de la libertad —es lícito lo que no está prohibido—, que tampoco está contenido en ningún texto escrito, es construido por los jueces británicos para definir un orden concreto de libertades de carácter constitucional.

Es curioso advertir que, aunque este fenómeno tiene su presencia histórica más patente en el Derecho anglosajón, su teoría ha sido construida sobre todo por juristas continentales entre los que destacan M. Hauriou, Romano y Schmitt desde posiciones muy diversas. La obra de estos autores ha sido en parte traducida al castellano y es lo suficientemente conocida para que sea ocioso exponerla aunque sea en una síntesis sumaria. Los recordamos porque vamos a apoyarnos con reiteración en sus conceptos y, a

veces, literalmente en alguna de sus expresiones para, al hilo de esta glosa, examinar las consecuencias que derivan de este concepto del Derecho para comprender la relación entre política y derecho.

NORMA Y ORDEN INSTITUCIONAL

La primera delimitación del derecho como ordenamiento institucional frente a la concepción normativa puede entenderse a través de la polémica crítica de estos autores frente a la obra de Kelsen y, en general, contra la definición del derecho como una regla de conducta establecida por un legislador. Romano advierte que este concepto del derecho como norma se ha formado en el derecho privado y que en su significado más común designa una o más norma aritmética de normas. El ordenamiento tiene una así ante un conjunto de normas que están, por así decirlo, "colgadas" del derecho público. Es también cómodo para el juez que busca en el derecho una regla en que fundar su decisión. Sin embargo, si el derecho, y en particular el derecho público, se entiende como el orden jurídico de una comunidad política nos hallamos ante algo más, ante un complejo de normas que hay que definir como algo distinto de la suma de sus partes individuales.

Las normas o reglas que regulan una sociedad no pueden entenderse sin un concepto previo de su conjunto, comprendido como institución u ordenamiento, "del mismo modo que no se puede tener una idea exacta de los distintos miembros del hombre, o de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes qué sea el hombre o qué sea aquella máquina". Un ordenamiento institucional no es una suma aritmética de normas. El ordenamiento tiene una unidad, que no es artificial ni abstracta, sino concreta y positiva. Los institucionalistas recuerdan la luminosa definición de Savigny de que el Derecho como la lengua es una objetivación de la vida social. Los entes sociales o, si se prefiere, los grupos sociales segregan normas por el mero hecho de su existencia o inversamente existen en cuanto un complejo de normas define su estructura como un ente estable. El Derecho no se define así por la declaración del legislador, sino que brota de las relaciones necesarias entre los miembros de una sociedad reiteradas con una voluntad

de creación jurídica, esto es, de afirmar un principio de justicia y de garantizar su cumplimiento. Las normas que son parte del ordenamiento se fundan en este ordenamiento que constituye así la unidad real de carácter duradero.

Hemos glosado alguna idea de Hauriou y el pensamiento de Romano que se vierte en una serie de ecuaciones que se han denunciado a veces como una tautología. En primer lugar el ordenamiento jurídico es igual a institución y Romano dice que entre ambos conceptos existe una perfecta identidad. A su vez comprende como institución todo ente o cuerpo social que tiene una existencia objetiva y concreta y exterior y visible en alguna forma³.

La institución es pues entidad social que expresa la naturaleza social del hombre en cuanto constituye grupos de convivencia con una individualidad autónoma y son permanentes o estables en su identidad, aunque cambien sus elementos personales y materiales. También Hauriou la define como una organización social durable que conserva su forma específica, aunque haya una renovación continua de las voluntades humanas que se adhieren a una idea social que satisface necesidades del hombre. Nos hallamos ante esa existencia simultánea de un grupo social y del derecho que lo ordena y que le da unidad y consistencia. Así por ejemplo una cola, esto es, personas en fila ante una ventanilla es una institución rudimentaria, exterior y visible, durable o estable en su identidad, aunque cambien las personas que hacen cola, y en la que nacen situaciones jurídicas de prioridad que se invocan como un derecho por la misma existencia de la fila y la posición que tienen en ella los que la integran. El ejemplo puede parecer pintoresco pero es enormemente expresivo. Si alguien trata de alterar el orden de la cola y los lesionados llaman a un agente de la autoridad éste probablemente defenderá y protegerá un derecho que nunca ha sido escrito por un legislador.

La institución entraña una organización espontánea de la convivencia, aunque no excluya actos reflexivos que la refuercen o la modifiquen. La palabra organización debe entenderse en su valor jurídico. No es simplemente una estructura, sino que define situaciones y relaciones entre los miembros de un grupo con un carácter vinculante y de aquí la última más trascendente ecuación de Romano⁴: la

³ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, trad. esp., Madrid, 1963, ps. 20 y 122.

⁴ Esta consecuencia no es enteramente compartida por Hauriou.

institución es derecho que se manifiesta en normas o pautas que facilitan la convivencia de los hombres y superan su caducidad, creando entes sociales más fuertes y duraderos que los individuos. En cuanto el Derecho constituye esa unidad concreta distinta de los individuos que en ella se comprenden y organiza sus relaciones, define la sociedad como una unidad con sustantividad propia. Cuando el Derecho cumple esta función le llamamos ordenamiento.

CONSECUENCIAS DE LA IDEA DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO

Las consecuencias que se deducen de esta concepción son muy variadas. Quisiera en primer lugar llamar la atención sobre una que tiene particular interés para quienes nos dedicamos al Derecho público. La concepción normativa del derecho que se funda en la ley establecida por un legislador es inadecuada y pobre para entender el Derecho público. Lleva a una concepción subjetiva del poder en que éste queda fuera del derecho. Ya nos advertía Hauriou que el Derecho público se define por la creación de instituciones y la personificación corporativa que sitúa la institución en el dominio del derecho objetivo⁵.

Nos explicaremos. Si el Derecho es norma o precepto de un legislador hay que explicar primero el fundamento (¿jurídico?) de ese poder de legislar. La necesidad de un "prólogo en el cielo", como decía Orlando recordando con ironía el *Fausto* de Goethe, en el ámbito de la sociología, la historia o la filosofía se hace ineludible. Recuérdense que Kelsen, el normativista más riguroso, se ve obligado a aceptar como "norma fundamental" la hipótesis de un hecho que no puede explicar el sistema normativo: es derecho lo que define como tal derecho un legislador. O el ejemplo de la concepción medieval, radicalmente privatista, que funda la ley y el Estado en un pacto entre el Rey y el Reino y tiene que construir una base filosófica, histórica e incluso teológica de la existencia del poder real como preexistente a ese pacto de que nace el orden jurídico del Estado. O la misma hipótesis roussoniana que trata de fundar el concepto de ley como expresión de la voluntad general en un contrato social. En todos estos supuestos nos "salimos" materialmente del derecho concebido como una norma o con-

⁵ M. HAURIOU, *Principes de Droit public*, Sirey, 2^o ed. 1916, cap. I.

junto de relaciones jurídicas para apoyarnos en hechos o en hipótesis, anteriores a las normas, y que suponen la existencia de una sociedad organizada, esto es, una institución.

Para la concepción del Derecho como un ordenamiento institucional que organiza un grupo social concreto, el Derecho nace con la misma existencia de la sociedad organizada como condición de una convivencia humana perdurable. El orden constitucional es la posición misma del orden de esa comunidad en la medida en que se hacen consistentes costumbres, sentencias cuasi judiciales o judiciales, pactos que organizan la comunidad misma. Así nace el poder que centra la atención del político. Para la concepción normativista este es un hecho prejurídico que no tiene explicación desde el Derecho. Para la concepción concreta del Derecho como un ordenamiento institucional de la sociedad este es un hecho jurídico espontáneo que se forma con la sociedad misma como una condición de su existencia. Esta exige un principio de coordinación de las esferas de acción de cada miembro del grupo, esto es, una definición de sus derechos y deberes respectivos y de una autoridad que garantice esa coordinación y que establezca decisiones unitarias cuyo valor desborda incluso el marco de la justicia. La vida social se manifiesta en múltiples hechos desde el disponer de los bienes para satisfacer las necesidades hasta circular por la derecha o por la izquierda o fijar un lugar o una hora de reunión que exigen una decisión unitaria y vinculante, si se ha de conseguir el objetivo de la convivencia. La organización de poder, en la medida en que se hace estable, esto es, en que se independiza de la voluntad de una o más personas determinadas, se institucionaliza jurídicamente. Como ya advertía Salmond toda formulación jurídica de una Constitución tiene que soportarse en el hecho anterior de una efectiva organización de la sociedad y no se puede hablar de Estado con unos órganos de poder que definan Derecho si no hay antes alguna forma de orden o de constitución en la sociedad en que ese Derecho escrito se forma.

Una segunda consecuencia destacada por S. Martín Retortillo en el prólogo a la traducción española de Romano (con independencia de otras que afectan al derecho administrativo) es que ni el Estado ni el poder público en general detentan un monopolio de las fuentes del Derecho⁶. Nece-

⁶ ROMANO, *obra citada*, introducción.

sariamente hay Derecho donde existen relaciones sociales estables. Este Derecho que es el orden fundamental de la comunidad puede haber sido declarado incluso por un poder constituyente, pero su autoridad en último término se respalda, como el valor mismo de las normas, en la existencia misma de la comunidad y en las creencias y en la voluntad de los hombres que integran esa comunidad. El Derecho, pues, como finamente advertía Hauriou se funda en un consentimiento que el maestro francés definía sobre todo como consentimiento consuetudinario. Lo que hay de permanente en el Estado, decía el prólogo de la última edición de su *Derecho Constitucional*, es el consentimiento consuetudinario que hace que el poder sea aceptado por los hombres en cuanto está vinculado a una institución en cuyo nombre manda y que ha sido aceptada consuetudinariamente⁷.

Una consecuencia más es la explicación de situaciones aparentemente anómalas del Derecho público. El Derecho público y específicamente el Derecho Constitucional no parecen imponerse siempre con el carácter vinculante que es inherente al precepto jurídico. Esta particularidad del Derecho público queda en parte corregida por esta concepción del ordenamiento con un orden concreto. La plenitud del ordenamiento desborda las normas escritas públicamente promulgadas. Es cierto que existen conflictos que el juez se abstiene de zanjar, aunque existan normas escritas que den con toda claridad una solución. Bastará recordar los conflictos entre poderes constitucionales en que los jueces se han inhibido alegando que son cuestiones políticas y que nuestro propio legislador ha dejado al margen de la jurisdicción contenciosa. Los mismos conflictos laborales discurren muchas veces por la vía de una negociación que elude la sentencia del juez. Cabe preguntarse ¿es que esas situaciones están al margen del derecho? La verdad es que hay reglas no escritas, consecuencia de los principios que dan vida a un ordenamiento, que ofrecen respuestas diversas de las que daría el Derecho escrito. Podemos exasperar un conflicto con la aplicación literal del Derecho escrito. Los conflictos laborales en que la negociación sustituye a la aplicación estricta de la ley escrita pueden tener un fondo de justicia en exigencias reales de la convivencia que la norma promulgada por un legislador no podría comprender. Los actos de los gobernantes, que excluye de la revisión judicial nuestro propio Derecho positivo, se

⁷ M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. XV.

ajustan a un derecho que puede estar respaldado por la opinión en la medida en que son exigencias concretas de la convivencia. Tienen pues una sanción —no judicial— en la medida en que se encuadran en un sistema de derecho vivo; y dejan de cumplirse como derecho escrito en la medida en que son fórmulas que no respalda la conciencia social.

Esto no quiere decir que elevemos la idea del ordenamiento a una mística del Derecho como orden real de la sociedad en el sentido de Romano. Esta doctrina sin duda peca por exceso. Por querer demostrar demasiadas cosas acaba no demostrando nada, porque en esa transmutación mística de la realidad social del Derecho no es fácil deslindar lo lícito de lo ilícito como orden de una justa convivencia. M. Hauriou distingue el orden político, como orden resultante del equilibrio de poderes, y el orden jurídico, como orden fundado en la justicia y la paz, que deben realizar un equilibrio en que el poder al servicio de instituciones se acomode al orden del Derecho. La institución del Estado como fruto de los que Hauriou llama la civilización mediterránea en un equilibrio entre el orden del poder y el orden del Derecho, que designamos como ordenamiento jurídico. Esta concepción es especialmente importante para comprender la función del Derecho en la formación del Estado.

El Estado se define así como “ordenamiento” jurídico supremo que es un orden integrado, coherente, jerárquico, completo y concreto, históricamente flexible y socialmente integrado en cuanto es orden institucional. De cada uno de estos caracteres se derivan una serie de consecuencias jurídicas muy significativas.

a) *El carácter integrado del ordenamiento*

El ordenamiento jurídico estatal, como estructura del orden de una comunidad, está *integrado*. Esto quiere decir que todas las partes del ordenamiento jurídico del Estado son interdependientes y en consecuencia se modifican, se conforman y se completan recíprocamente.

Las consecuencias de este principio son muy variadas. En primer lugar puede subrayarse una que debe estar presente, tanto en la ciencia como en la pedagogía del

Derecho. Aunque es legítima la distinción de las diversas ciencias jurídicas por razón de su objeto, no debemos olvidar que fragmentan el contenido de una estructura jurídica unitaria. El Derecho Civil, Mercantil, Laboral, Penal, Procesal, Administrativo, Financiero y Constitucional separan parcelas que están en la realidad jurídica unidas en la íntima conexión que supone el ordenamiento jurídico del Estado. Cualquier institución (y empleamos aquí el término tanto en el sentido conceptual como en el jurídico social) está configurada por la totalidad del ordenamiento, aunque pueda tener perspectivas y aun parcelas preferentes en una disciplina jurídica determinada. La propiedad como institución tradicionalmente asentada en el Derecho civil, tiene su raíz en el Derecho constitucional, se perfila en el Derecho administrativo y financiero que la limitan, la protege el Derecho penal, se amparan las pretensiones que derivan del Derecho del propietario en el Derecho procesal y tiene las más variadas consecuencias en el Derecho mercantil. Los problemas que muchas veces se plantean en relación con la interpretación de estas diversas ramas del Derecho, son una simple consecuencia de esta unidad de integración del ordenamiento, que pueden explicarse y resolverse como problemas prácticos, partiendo de ese principio.

b) *La coherencia del ordenamiento*

En cuanto el ordenamiento es un todo coherente todas sus partes deben concebirse en conexión entre sí. Las normas se completan y relacionan recíprocamente y no deben existir contradicciones. En virtud de este criterio tenemos que comprender las relaciones entre los poderes o las agencias del orden constitucional. Las ideas de equilibrio de poder, predominio, primacía o soberanía tienen su sentido en este carácter orgánico y complementario con que deben entenderse en la esfera de un orden concreto. Hay poderes específicos que establecen esta relación como la iniciativa legislativa, o el derecho de veto o control. El orden constitucional es un todo integrado cuyos elementos se complementan como las piezas de un rompecabezas.

Esta unidad del ordenamiento no es lógica, sino existencial y sólo puede entenderse en la medida que lo suponemos informado por unos principios que constituyen criterios uniformes de interpretación.

La norma, declarada o no, que funda la decisión en cada caso concreto, tiene que ser coherente, en el sentido de que debe estar de acuerdo con los principios generales que informan el ordenamiento jurídico. Y en todo caso la interpretación del sentido de cada norma escrita debe adaptarse a ellos. En nuestra opinión esta regla de interpretación debe sobreponerse incluso a una aparente voluntad del legislador que derive de la letra de un precepto. Sólo cuando de una manera explícita conste de la exposición de motivos esta voluntad de reforma o de innovación habrá de tenerse en cuenta. Pero aun en este caso debemos sopesar si esta voluntad explícita del legislador no se opone a principios del ordenamiento formalmente proclamados, reconocidos y existencialmente vivos en el ordenamiento jurídico. Porque la unidad del ordenamiento se expresa en la unidad de los principios que lo informan⁸.

Al referirse a las fuentes del Derecho el párrafo 4 del nuevo art. 1 del Código Civil reconoce este valor de los principios, no sólo reconociéndolos como fuente del Derecho, sino salvando al mismo tiempo "su carácter informador del ordenamiento jurídico". Sin duda esta salvedad refiere este "carácter informador" al "espíritu y finalidad" de las normas que de acuerdo con el art. 3 del mismo Código Civil debe ser criterio fundamental para su interpretación.

Los principios del ordenamiento tienen así el valor de una norma que fundamenta el restante ordenamiento jurídico y por eso aparecen muchas veces expresamente formuladas en el Derecho constitucional.

c) *El carácter jerárquico del ordenamiento*

A este objeto debe tenerse en cuenta el tercer carácter de un ordenamiento que anteriormente hemos mencionado: su naturaleza jerárquica.

Esta jerarquía de las normas ha sido subrayada por la escuela vienesa. Las normas tienen un *ranko* que es el fundamento de la seguridad jurídica. La Constitución constituye la norma suprema en cuanto establece los órganos

⁸ "La ciencia jurídica —dice GARCÍA DE ENTERRÍA (*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, en *Revista de Administración Pública*, 40, 1963, n. 201)— no tiene otra misión que la de descubrir y develar... los principios generales sobre los que se articula y debe, por consiguiente, expresarse el orden jurídico."

que deben declarar la ley, la forma en que debe promulgarse y los tribunales a los que corresponde la última decisión en su aplicación a casos concretos. El reglamento es normalmente (salvo los reglamentos autónomos) un escalón inferior de aplicación de la ley. Las ordenanzas para su ejecución, los actos administrativos que las cumplen y los negocios jurídicos que se establecen bajo su regulación, son grados inferiores que están sujetos a los principios de orden material que establecen las normas superiores. Este no es sólo un principio lógico de unidad, sino una consecuencia de la función del Estado como ámbito de convivencia pacífica y una exigencia política de seguridad y en último término de libertad, en cuanto nos permite prever cuál va a ser el desarrollo del orden jurídico como regulación de nuestra vida en el orden de un grupo. Es también sin duda un principio de centralización jurídica y política que sitúa en la Constitución y en las leyes que se promulguen para su cumplimiento la base de esta pirámide unitaria.

Desde el punto de vista constitucional y de la aplicación práctica del derecho obliga a los jueces a respetar el rango de las normas y a desconocer o interpretar de acuerdo con la norma superior la norma inferior que pueda aparecer en contradicción con ella... Como es sabido existen hoy en casi todos los países de Occidente los órganos jurisdiccionales o de otra naturaleza que velan por el respeto a este rango normativo, normalmente del reglamento respecto a la ley, e incluso de la ley respecto a la constitución. Esta es en último término una nueva proyección vertical de esa coherencia del ordenamiento que en este caso asegura la no contradicción de las normas aplicadas o promulgadas por las autoridades inferiores. Y no debe olvidarse que la *no contradicción* no es sólo un principio lógico, sino un principio existencial de convivencia. El Estado se compromete a resolver los conflictos, esto es, las posibles alegaciones o pretensiones contradictorias de derechos. Por eso es un supuesto mismo de su existencia la no contradicción entre los diversos niveles en que el Derecho se manifiesta.

d) *El Estado como un ordenamiento jurídico "completo"*

El ordenamiento jurídico del Estado es completo. La expresión tiene un sentido más amplio que el propósito

inicial del art. 4 del Código de Napoleón, que fue recibido por nuestra codificación civil como un imperativo para los jueces de respetar la ley: "El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad, o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad". Nuestro propio Código Civil amplió esa "plenitud hermética de la ley" señalando como fuentes secundarias la costumbre y en defecto los principios generales del Derecho. En todo caso nuestro Derecho ha aceptado esa plenitud hermética del Derecho, que sólo puede explicarse entendiendo el Derecho como un ordenamiento jurídico, esto es, como el sistema orgánico que ordena las relaciones de convivencia entre los hombres dentro de una comunidad, que es esencialmente comunidad de Derecho.

La nueva redacción del Código Civil en el art. 1º, 6 atribuye a la jurisprudencia *complementar* "el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". Y en el párrafo 7 del mismo artículo recuerda el deber inexcusable de los Tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan ateniéndose a ese sistema de fuentes.

Esto es, el juez ha de encontrar en las leyes, en las costumbres, en los principios generales del Derecho o en la propia doctrina jurisprudencia que los completa, una respuesta a todos los problemas que plantea la vida jurídica⁹.

El ordenamiento debe dar respuesta a todas las cuestiones que pueda plantear la vida jurídica práctica y el juez tiene la obligación de fallar, obligación que respalda incluso un artículo del Código Penal (art. 357). El ordenamiento jurídico es un orden de paz, que debe evitar los conflictos o encontrar una solución definitiva a los que puedan producirse. En este principio se funda la excepción de la cosa juzgada.

e) *Ordenamiento "concreto" y realidad social*

En la medida en que es un ordenamiento integrado, coherente, jerárquico y completo corresponde a una realidad social en la que define la forma de convivencia. Y por

⁹ Véase el importante estudio del magistrado T. OGAYAR, *Creación judicial del Derecho*, R. Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1975.

ser una realidad viva, en funcionamiento, no se reduce sólo a las normas escritas que pueda promulgar el legislador, sino que comprende también los usos efectivos, las prácticas que completan e interpretan el derecho escrito y en general los equilibrios reales que derivan de la interdependencia de los diversos elementos del ordenamiento como una realidad social. En este sentido el nuevo art. 3 del Código Civil exige que la interpretación de las normas tenga en cuenta "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". Esto es especialmente patente en el Derecho público y muy especialmente en el Derecho constitucional en que los elementos que lo componen tienen un carácter singular. No hay por ejemplo más que un gobierno y un parlamento y sus relaciones son un hecho concreto que se ajusta en la práctica como el de los dos engranajes de un mecanismo. Si se extienden los poderes del poder ejecutivo en relación con el parlamento necesariamente disminuyen las competencias de éste. Y es claro que cuando esto sea un hecho anecdótico será historia y no derecho, pero en la medida en que adquiere una consistencia se hace normativo. Con esta reserva se puede decir que esta concepción del Derecho atiende a *cómo ocurren realmente las cosas* y no aparecen previstas de una manera abstracta en el derecho escrito.

Aunque este principio es especialmente relevante en el Derecho público se da también en el orden de las relaciones jurídicas privadas. No sólo hay prácticas como los llamados contratos de adhesión que sólo tardíamente han llegado al Derecho escrito, sino que estimamos que el juez ha de interpretar el Derecho atendiendo a situaciones reales, consistentes, que pueden crear prácticas que ha de interpretar a la luz de los principios del ordenamiento como un todo. Por ejemplo, una situación de monopolio que transforma y desfigura los preceptos jurídicos escritos que se refieren a la libertad de contratación es un elemento disfuncional que tendrá que ponderar el juez, si no aprecia sólo la conformidad de los hechos con la norma jurídica escrita, sino la totalidad del ordenamiento y las exigencias de justicia, libertad y seguridad, implícitas en él, y como dice la nueva redacción de nuestro Código Civil "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados".

Así es como se incorporan al Derecho público bajo la forma de Derecho consuetudinario o de usos y convenciones constitucionales todas las prácticas que responden a

los principios del ordenamiento. Y esa es la razón por la que el jurista tiene que tener en cuenta todos los factores efectivos de poder (sufragio, opinión pública, grupos de interés, partidos) que intervienen en las decisiones y en el desarrollo y aplicación del Derecho.

Esta concepción del Derecho, sin contradecir su carácter estable, nos permite comprender la fluencia de la vida política, especialmente en aquellos ámbitos en que esta fluencia se matiza por la acción política. El ordenamiento jurídico estable, pero no inmutable, nace, se desenvuelve, se transforma en alguna de sus partes, e incluso puede morir, en función de los equilibrios del poder y de la percepción de la justicia que normalmente lo acompaña como un factor de legitimación. Evoluciona y está sujeto al cambio. Este cambio puede producirse deliberadamente por una voluntad de reforma del legislador que establece nuevas normas escritas, y en este caso habrá que atender a cómo efectivamente se cumplen y se ajustan a la realidad jurídica preexistente. O bien puede producirse de una manera espontánea, más o menos inconsciente, por vía de prácticas, usos o decisiones judiciales que dan una nueva interpretación del orden existente. El ordenamiento en cuanto es orden de una comunidad real humana no sólo se soporta en la voluntad y en la capacidad de coerción de un poder legislativo, sino en la adhesión de las voluntades de los hombres, en la medida en que éstos lo acepten como justo o conveniente para su convivencia. Cuando cambian las creencias, se difunden nuevas ideas, o hacen acto de presencia nuevas necesidades, el ordenamiento se adapta a ellas, bien con la corrección quirúrgica de la ley escrita, o con la medicación evolutiva de los usos, las convenciones o la jurisprudencia.

El Derecho como ordenamiento institucional tiene una capacidad plástica para absorber los hechos nuevos o para remodelarse en función de ellos. Estos hechos pueden ser invenciones o innovaciones en el orden de la tecnología o del orden social que crean unas veces nuevas necesidades y otras nuevas condiciones de existencia. La aviación ha encontrado su ordenación propia en fórmulas transnacionales que desbordan el marco del Derecho escrito interno e internacional. El sindicalismo y la planificación del desarrollo se han encajado en cuadros nuevos que difícilmente corresponden a las previsiones constitucionales del Derecho escrito. Los partidos crecieron a lo largo del siglo

XIX y en la primera mitad del siglo XX sin ningún reconocimiento por parte del Derecho escrito de su trascendencia constitucional. Todos ellos eran, sin embargo, hechos que debían encajar en un orden de convivencia y que lo hicieron con normas *sui generis* que normalmente han escapado a la voluntad del legislador.

Este planteamiento enriquece la comprensión del jurista y le aproxima a los enfoques propios de la sociología y de la ciencia política en la medida en que absorbe en el Derecho las situaciones reales que han adquirido consistencia y se imponen con un carácter vinculante como pautas de conducta. No son normas derivadas de la voluntad de un legislador e incluso pueden contradecir esa voluntad, pero son normas vinculantes que están respaldadas y legitimadas por la adhesión a los principios que las informan.

La evolución de la Constitución norteamericana a través de las decisiones del juez es uno de los ejemplos más patentes de la fecundidad de esta concepción del Derecho. El régimen de libertades públicas británicas a que ya hemos hecho referencia es otro ejemplo en que esta capacidad del desarrollo del ordenamiento jurídico se manifiesta de una manera patente. Las prácticas convencionales que en todos los países occidentales regulan el juego de los poderes con reglas flexibles cuyo cumplimiento tiene la sanción de la opinión pública, es otro ejemplo habitual para los estudiosos del Derecho constitucional.

Un jurista normativo que sólo acepta como Derecho la regla escrita y promulgada por un legislador tenía, al estudiar el orden constitucional de Occidente, que yuxtaponer los partidos políticos como entidades sociopolíticas que el Derecho ignoraba. Para un jurista institucional éstos son elementos integrantes del ordenamiento de un Estado con un régimen democrático, representativo y pluralista.

Un jurista normativo sólo puede comprender los grupos de presión como hechos socio-políticos que perturban el correcto desarrollo normativo del proceso de decisión. Un jurista institucional tiene en cuenta las normas escritas y las reglas que se fundan en hechos consistentes que encuadran ese proceso.

Un jurista normativo describirá probablemente todo el Derecho escrito con independencia de su vigencia efectiva.

Un jurista institucional explica incluso por qué hay normas escritas que no tienen y quizá no pueden tener una eficacia real.

Un jurista normativo no puede comprender el cambio, sino como obra de una medida legislativa o de una revolución que establece un nuevo legislador. Un jurista institucional tendrá que tener en cuenta los nuevos valores, nuevas necesidades o nuevas exigencias que hacen evolucionar la vida jurídica bien mediante declaraciones judiciales, bien como usos o bien como prácticas, que los particulares establecen en su negociación pública, o como reajustes de los órganos de poder.