

El fundamento conceptual de la fuerza de ley

Omar Darío Heffes

1.- Introducción

Este trabajo intenta poner en tensión el papel de la filosofía del derecho o, más bien, de la teoría general del derecho, al momento de poder analizar en forma concreta el problema planteado por Hart en su famosa obra, *El concepto del Derecho* (Hart, 2004), respecto de la particularidad de las normas jurídicas y su diferencia concreta con las órdenes emitidas por otros grupos tales como la mafia, o las órdenes morales. Dicho problema es retomado también por Frederick Schauer (2015) en su libro *The Force of Law*. Esta problemática aparece como central dentro del panorama de la Teoría general del Derecho ya que puede ser resumida, en palabras de Hart, de la siguiente manera: “¿cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho?” (Hart, 2004, 7) o, en las propias palabras de Schauer, “explicar y teorizar sobre la diferenciación del derecho” (Ladavac, 2014, 383). En definitiva, en la fuerza de la ley pareciera jugarse, entonces, la particularidad del derecho y, por consiguiente, la posibilidad de su conocimiento.

Esta pregunta a primeras luces aparece como problemática, dado que la forma de explicar esta particularidad radica en que la ley “unlike morality and etiquette, possesses the resources to compel compliance in ways tha other normative systems do not” (Schauer, 2015). Esta particularidad es denominada por Schauer como *the ubiquity of coercion* (Trujillo, 2016, 1). Esa ubicuidad de la coerción se basa en que “[t]he legal system can put us in prison, take our money, and in some places even flog us and kill us [... and] the law can force people to things they do not want to do and which are sometimes against their own interests or their own best” (Schauer, 2015).

La cuestión central es saber, en un punto, si esta ubicuidad de la coerción es, tal y cómo ha sido explicado desde la tradicional Teoría General del Derecho una característica propia de la ley o, en realidad, debe buscarse su razón totalmente afuera o sólo de manera parcial por fuera de la construcción de la ley. Tal y cómo lo hace Derrida, conviene recordar en este momento, la noción de Kant de que no hay derecho sin fuerza (Derrida, 2002, 15). Pero la inteligibilidad de esta fuerza o, mejor dicho, la posibilidad de comprender esta fuerza se transforma en una cuestión epistemológica fundamental. Vale decir, en qué medida el conocimiento de la ley puede ser obtenido a

partir de una Teoría General del Derecho o de una Filosofía del Derecho. Por ende, esa cuestión se transforma en trascendental al momento de desarrollar un conocimiento que explique el Derecho. Por todo ello parece pertinente, comprender paulatinamente diversas partes de este problema para poder llegar a una respuesta que nos solucione este problema epistemológico.

2.- El monopolio de la fuerza y la moral

Ahora bien, podríamos reducir este planteo a la siguiente cuestión ¿esa fuerza es propia del derecho?, es decir, *prima facie*, si le pertenece conceptualmente o es adicionada por algo externo. Según la explicación de Schauer, “the topic of legal force has sociological, psychological, political, and Economic dimensions that go well beyond the conceptual and the philosophical” (Schauer, 2015). Según Derrida, por ejemplo, la cuestión de la fuerza de ley debe ser pensada como algo central puesto que “la *enforceability* no es una posibilidad exterior o secundaria que vendría a añadirse, o no, suplementariamente, al derecho” (Derrida, 2002, 15). De esta manera, para un desarrollo concreto del ejercicio filosófico, vamos a pensar que el campo de discusión puede ser reducido, justamente, a estas dos opciones. Vale decir, o bien la fuerza de ley puede ser pensada como parte del derecho pero que debe ser analizada también a partir de cuestiones que tengan que ver con otras disciplinas o sectores del conocimiento de la realidad social, entonces, no sería una mera cuestión conceptual o filosófica meramente; o bien, es una cuestión conceptual que entra dentro del propio concepto del derecho y podría, por consiguiente, resumirse a una cuestión conceptual.

La clave la da Schauer cuando sostiene la pertinencia de la frase weberiana que sostiene que el Estado “desaparecería si no hubiera nada más que formaciones sociales que ignoraran el recurso de la violencia” (Weber, 2006, 8). Es decir, el Estado en “el ámbito de determinado territorio [...] requiere exitosamente como propio el monopolio de *violencia física legítima*” (Weber, 2006, 9). Schauer sostiene que, si bien Weber tiene razón, Weber realiza un análisis sociológico. El problema radica, entonces, en cuál es el elemento propio que permite explicar la coerción dentro del derecho. Vale decir, que elementos de la Teoría General permitirán comprender que es lo que diferencia al Estado de una mafia. *Prima facie* no hay diferencia alguna y esto ha llevado al positivismo jurídico a plantear el problema de la legitimidad tratando de alejarlo lo máximo posible de la cuestión de la fuerza (Schauer, 2015), pero la cuestión es que, evidentemente, esto aleja, según Schauer, una verdadera

comprensión de la vida jurídica. Obviamente que el problema de la legitimidad está puesto en juego, pero la cuestión es o parece ser, tal y como lo había sostenido Habermas, que hay que buscar una forma de relacionar ética y derecho (Habermas, 1988, 21-45).

Sin embargo, esta solución dista de darnos un panorama definitivo, ya que no toma en cuenta fenómenos propios de la filosofía política de la cual se han derivado los conceptos jurídicos. El problema de la fuerza en relación con el Derecho tiene un origen que se debe destacar en el ámbito de la historia de Roma.

3.- *Salus populi*

Si se recurre a la obra de Cicerón se puede encontrar la preocupación sobre el papel de la ley y cuál es la tarea del gobernante ante ella, es decir, se podría sostener, a grandes rasgos, que lo político está relacionado íntimamente con lo jurídico dado que lo jurídico implica la propia modulación del gobierno. Es por eso, que, por ejemplo, en su obra *De las leyes (De legibus)*, sostiene que deben existir dos magistrados que tengan un imperio regio, es decir, dos magistrados con una doble supremacía: el mando del ejército y la responsabilidad suprema. Cicerón plantearía una especie de cortapisa jurídica a esta autoridad suprema de los magistrados sosteniendo que “para ellos la salud del pueblo [debe ser] la suprema ley” (Cicerón, *De las leyes*, III, 3, 8).

La frase que se encuentra originalmente en latín, reza de la siguiente manera: *Ollis salus populi suprema lex esto*. La fórmula *Ollis... esto* implicaba una conminación, una orden que debía ser cumplida. *Ollis* es un arcaísmo del pronombre *illis* y *esto* es el verbo ser conjugado en forma impersonal y actúa como la parte más relevante de la conminación y puede ser traducido como “así sea”. Evidentemente esta frase es una orden dada al magistrado, sea cual sea las características de su mandato.

4.- *Auctoritas y potestas*

La primera cuestión que aparece claramente es la utilización del término *salus*. *Salus* no puede ser traducido sin tener en cuenta el tinte religioso que posee. Tal y como sostiene Hannah Arendt, en Roma “[l]a religión era el poder que otorgaba seguridad a la fundación [de una *civitas*] al proporcionar un lugar donde los dioses pudiesen habitar entre los hombres” (Arendt, 2005, 86) y Giorgio Agamben sostiene

que “los romanos consideraban la esfera de lo sagrado como parte integrante del derecho” (Agamben, 2008, 33). Es cierto que sagrado y religioso no son sinónimos, sin embargo, existe una relación intrínseca dado que “la cosa religiosa, como la cosa sagrada, está sometida a una serie de prescripciones rituales que la vuelven inviolable y que es necesario observar escrupulosamente” (2008, 39). Teniendo en cuenta esto, *Salus* es la divinidad de la salud y de la conservación (Cfr. Grimal, 1984, 473), pero además el término significa salvación. *Salus* está íntimamente relacionada con la vida y la muerte, con la conservación de la vida, no sólo a través de la salud o la higiene¹. *Salus* hace estricta referencia a *iuris, libertatis, fortunarum*, es decir, está dada por la salvación o la conservación del derecho, de la libertad o de los bienes.

Tal como recuerda Foucault, en su curso de los años 1981-1982, el término griego para *salus* es *soteria* (salvación) y el verbo *sozein* (salvar). Tanto *salus* como *soteria* hacen directa referencia a la idea de conservación pero también puede dar la idea de fundación, de creación. Algunos de estos sentidos están puestos en juego en la *salus* ciceroniana. Tanto la idea de proteger, conservar, mantener a través de la ley y la búsqueda del buen estado de la colectividad juegan de manera conjunta, es por lo que, la *salus* para Cicerón funcionará como un problema providencial. Una providencia entendida pragmáticamente que recae “sobre una persona cualificada, y que se atribuye, a sí misma, autoridad para tomar las decisiones ‘previstas’, ‘provisoras’ o ‘providenciales’, cuya índole nos hace pensar que se trate de alguien que dispone de poder absoluto” (Sanchez de la Torre, 1997, 46). La referencia a la providencia con sede en una sola persona nos recuerda las últimas palabras del Libro XII de la *Metafísica*², en donde Aristóteles citando la *Iliada* se opone al “dualismo platónico” con un estricto monarquismo (Cfr. Peterson, 1935, 52). La relación con el desarrollo aristotélico debe ser destacada ya que la forma en que se presenta esta providencia tiene que ver con la existencia de un orden de todas las cosas en pos de un fin único, el bien común y éste orden se desarrolla y “ocurre como en una familia” (Aristóteles, *Metafísica*, 1075a, 15), reminiscencia directa a la cuestión del *oikos*, vale decir a una *oikonomia* relacionada con la gestión de los bienes privados y, por consiguiente, en el sentido aristotélico del vivir y que se choca con la problemática de la *polis*, al tratar de instituir una unidad metafísica que deviene en unidad política al final del libro XII. Filón de Alejandría sostiene que el verso de la *Iliada* citado por Aristóteles debe entenderse

¹ Higiene proviene del nombre de la diosa griega de la salud *Hygea*. *Hygea* es pensada como diosa de la sanidad y la curación y el culto de *Salus* tiene relación no sólo con la curación sino con la salvación y conservación de las personas o de la comunidad, sentido que no se encuentra en *Hygea* (Cfr. Grimal, 1984, 473).

² “No es bueno que gobiernen muchos. Sea uno el que gobierne” Aristóteles, *Metafísica*, 1076a.

como la institución de un solo soberano, príncipe y rey que pueda controlar y administrar el Universo (Cfr. Peterson, 1935, 60). En el caso de Cicerón, esta providencia no sólo surge por la fuerza de la situación en la tarea de un buen administrador de bienes privados, tal y como es el Emperador, sino también por la fuerza de la necesidad que obliga a tomar una decisión trascendental y de máxima urgencia (Cfr. Sanchez de la Torre, 1997, 46).

Lo providencial cobra sentido, ya que es la conservación y la salvación del bien común, es decir, lo que se encuentra en juego es la propia comunidad, y esto es así dado que no hay vida posible fuera de la comunidad porque ésta debe ser pensada “como una reunión de familias o como una familia en grande” (Bobbio, 1984, 74), de esta manera se entiende la combinación posible de una monarquía que organice todo como una familia.

La *salus* debe ser entendida, entonces, como un problema que surge en la comunidad, por eso su interrelación con el término *populi*. *Populus*, al igual que el término pueblo en la actualidad (Cfr. Agamben, 1995, 224-229), es un concepto que tiene en latín variada significación, puede designar al conjunto de los ciudadanos, como también al “populacho”. Esta ambigüedad que parece ser intrínseca en el vocabulario político podemos despejarla, en el uso ciceroniano si nos remitimos a otra obra suya, en su *De la república*, en donde sostiene que el *populus* “non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus” (Cicerón, *De Republica*, I, 25). Cicerón destaca que el pueblo es una reunión dada dentro de una república, una reunión por “el interés común y, sobre todo, el consenso a una ley común, a aquel derecho sólo a través del cual una comunidad afirma su justicia, puesto que “[l]a república (...) absorbe dentro de sí al pueblo, y de algún modo lo identifica con él” (Schiavone, 2005, 151). Cicerón concluía oponiendo la república no ya a la monarquía, sino a los gobiernos injustos (Bobbio y otros, 1976, 1391) y, además, Cicerón capta el valor de la *lex* al entenderla como el mecanismo necesario para dirigirse a todos con una única e idéntica voz (Cfr. Schiavone, 2005, 115). Es por eso que Cicerón en *Catilinarias* sostiene que “[n]unca más el supremo interés [*summa salus*] del Estado [*rei publica*] debe ser puesto en peligro por un solo hombre” (Cicerón, *Catilinarias*, V, II). En el original, los términos *salus* y *rei publica* demuestran en forma evidente que lo que se pone en juego en esta salvación es la existencia misma de la cosa pública, la existencia misma de la comunidad.

Para la existencia de la *salus* es necesaria la existencia de la ley, sin ley o fuera de la ley no puede existir la conservación de la comunidad. Por eso la expresión ciceroniana: la mente, el alma, el parecer y la opinión de una ciudad residen en la ley³. Es por ello que la segunda parte del aforismo al que nos referimos coloca a una *lex* que puede permitir la *salus populi*, una ley es solamente la que puede posibilitar que la salvación de la ciudad, de la comunidad romana, de la república, sea posible. Por eso *suprema lex*, esta ley es suprema en tanto y en cuanto lo que se está poniendo en juego es la propia salvación de la ciudad, vale decir, la *salus populi* es lo que modula y le da contenido a la *lex* y la convierte en *suprema*. Es ahí en donde la cortapisa jurídica no es un control o una disminución de la posible actuación del magistrado sino su puesta en ejecución por la determinación de un estado de excepción. La salvación de la comunidad no funciona como un control sino como una permisividad en pos del mantenimiento del pueblo como comunidad política. Si el senado romano en su *auctoritas* tiene “una fuerza que suspende la *potestas* donde ésta tenía lugar y la reactiva allí donde ésta ya no estaba en vigor” (Agamben, 2003, 144), es por ello que un senadoconsulto “resucita el *imperium* de los ex dictadores, cónsules y censores” (2003, 144). En ese sentido, en un esquema jurídico como el romano, es donde adquiere su particular sentido esta relación entre *auctoritas* y *potestas* y su reacomodarse a partir del *iustitium* que suspende el ordenamiento jurídico. Debemos tener en cuenta que en el momento en que Cicerón escribe su consejo, se acerca el fin de la República romana y se abre paso al Imperio, momento en cual el juego entre *auctoritas* y *potestas* actúan de manera conjunta en la doble personalidad del emperador (Cfr. *Idem*, 147 y ss). Es por ello, también, que el papel de la *salus* durante la época del imperio se redefine y “se convi[erte] en la advocación *Salus Publica populi Romani*” (Sánchez de la Torre, 1997, 55). Ya no es simplemente la *suprema lex*, es una cuestión del *auctoritas princeps* ya que la *res publica* descansa en la mano del principado romano porque al recibir del Senado y del pueblo todas las magistraturas, vale decir, la *potestas*, y al contar, en su persona, con la *auctoritas* se convierte en un *auctor optimo status*. En esa calidad es donde desaparece en forma definitiva la distinción, en la persona del *princeps*, de la diferencia entre público y privado (Cfr. Agamben, 2003, 149-150).

Sin duda que en la raíz propia de la *salus populi suprema lex esto* está la configuración del *princeps*, la configuración de la relación entre *auctoritas* y *potestas*, la articulación de la suspensión del ordenamiento jurídico pero con el desarrollo de un

³ “Mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus” Cicerón, *Pro A. Cluentio*, 53.

criterio que se pretende objetivo para suspender la ley dentro de la propia ley y que hace justamente posible que el encargado de la *salus populi*, en el caso del Imperio, se haga cargo en definitiva de la preservación de la comunidad. Estado de excepción que hace posible el desarrollo del pueblo como comunidad política y que, en apariencias, libra de la ambigüedad al término *populus* ya que lo dota de sentido, lo informa y posibilita que sea. Vale decir, lo redefine y hace posible su conservación, es por eso que en el Imperio la *salus* se torna pública (Salzman, 1990, 153-154), ya no es una simple actuación de la *potestas* redefinida y puesta en un lugar en el que no estaba, sino que es la propia activación de la *auctoritas* la que facilita esa salvación. Es por ello que Foucault afirma “la expresión latina (...) político jurídica (...) significativa: *salus augusta* (...) no quiere decir que Augusto salvó el Imperio, [sino] que es el principio del bien público, del bienestar del Imperio en general. Es, por lo tanto, el principio del bien” (Foucault, 2001, 183).

5.- Conclusión

La idea de la política, a lo largo de la historia, se ha sostenido a partir de una idea fundamental que es la cuestión de una técnica adquisitiva y conservatoria. Así, uno de los tantos teóricos de la razón de Estado durante el desarrollo del Estado absolutista, Barbosa Homem sostiene que “de la definición [de la razón de Estado] se puede obtener una primera división que se puede hacer de las partes que componen a la misma razón de Estado, que en efecto vienen a ser dos: la primera se llama conservatoria, y respeta los lineamientos con que se defiende lo ya ganado, y la otra se llama adquisitiva, y se emplea en los medios con que se procura adquirir lo que aún no es poseído” (Barbosa Homem, 1626, 1-2).

La diferenciación entre adquisición y conservación ya está inserta en Cicerón con su concepto de *salus populi*, pero también en Maquiavelo que, en *El Príncipe*, sostiene que “[a]quellos que de simples particulares llegan a príncipes, sólo con la ayuda de la fortuna, con poco esfuerzo llegan al poder, pero en cambio han de luchar mucho para mantenerse en él; (...) todas las dificultades surgen una vez instalados” (Maquiavelo, 1993, 25-26).

Esta problemática sobre adquisición y conservación que se repite en los tratadistas políticos posteriores nos recuerda, claramente, a la división schmittiana de dictadura soberana y dictadura comisarial, pero también está inscrita en los desarrollos de Walter Benjamin en su famoso ensayo *Para una crítica de la violencia*. En este trabajo Benjamin sostiene la existencia de dos tipos diferentes de violencias,

una violencia fundadora de derecho y una violencia conservadora del derecho. Es destacable la relación entre estos desarrollos y el desarrollo del problema del golpe de Estado que realiza Foucault, en el curso de los años 1977-1978. El golpe de Estado en la estructura de la razón de Estado no es una ruptura con ella. Es un acontecimiento violento y la violencia está en la naturaleza del golpe de Estado, “[p]ero cuando la necesidad lo exige, la razón de Estado se convierte en golpe de Estado y en ese momento es violenta. Y al ser violenta está obligada a sacrificar, amputar, engañar, le es imperioso ser injusta y letal” (Foucault, 2004, 305). Si la razón de Estado se convierte en golpe de Estado, éste último, entonces, puede ser comprendido a partir de las técnicas de conservación y de adquisición que podemos retraducir como fundación y conservación en términos benjaminianos; el golpe de Estado es una violencia fundadora y conservadora. Pero además debemos recordar el papel de la violencia en Benjamin, el papel de esa violencia que instaura o conserva el derecho, que es primordialmente letal y sangrienta. Pero, justamente, y esta es la cuestión fundamental que se debe destacar, tanto Benjamin como Foucault deben ser comprendidos como si estuvieran hablando de lo mismo. Para Benjamin, la violencia que funda y la violencia que conserva el derecho son parte de la cuestión jurídica, un problema que se queda en la propia integridad del sistema legal que, a través de la excepción y la violencia, se compone y se hace realizable. De esta manera, la fuerza de la ley se deriva justamente en la necesidad de la fundación y la conservación de la comunidad o el Estado, que tiene, entonces, en la ley su instrumento privilegiado para la realización de esa tarea.

Bibliografía

Agamben, G. (1995) *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 1998.

_____ (2003) *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2005.

_____ (2008) *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento. Homo sacer, II, 3*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editores, 2010.

Arendt, H. (2005) *La promesa de la política*, Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

Aristóteles (1994) *Metafísica*, Madrid: Planeta – De Agostini, 1997.

Barbosa Homem, P. (1626) *Discursos de la iurídica y verdadera razon de estado formados sobre la vida y acciones del Rey don Iuan el II de buena memoria, Rey de*

Portugal, llamado vulgarmente el Principe Perfecto. Contra Machavelo y Bodino, y los demas políticos de nuestros tiempos, sus secuaces. Primera Parte, Coimbra: Nicolao Caruallo, 1629.

Bobbio, N. *et al.* (1976) *Diccionario de Política*, México: Siglo XXI Editores, 2007.

Cicerón, M. T. (1824) *De legibus Libri III*, Francofurti ad Moenum: E Typographeo Broenneriano, 1824.

_____ (1826) *De Republica*, Francofurti ad Moenum: E Typographeo Broenneriano, 1826.

_____ (1831) *Oratio Pro A. Cluentio Habito*, Bonnae: Impensis Ed. Weberi, 1831.

_____ (1954) *De las leyes*, Buenos Aires: Editorial Tor, 1954.

_____ (2009) *Catilinarias*, Buenos Aires: Colihue, 2009.

Derrida, J. (2002) *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid: Editorial Tecnos.

Foucault, M. (2001) *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France (1981-1982)*, México: F.C.E., 2002.

_____ (2004) *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Buenos Aires: F.C.E., 2006.

Grimal, P. (1984) *Diccionario de mitología griega y romana*, Buenos Aires: Paidós, 1997.

Habermas, J. (1988) “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?” en *Doxa*, N° 5, pp. 21-45.

Hart, H. L. A. (2004) *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ladavac, N. (2014) “Entrevista a Frederick Schauer” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37

Maquiavelo, N. (1993) *El príncipe*, Barcelona, Altaya.

Peterson, E. (1935) *El monoteísmo como problema político*, Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Salzman, M. R. (1990) *On Roman Time: The Codex-Calendar of 354 and the Rhythms of Urban Life in Late Antiquity*, Berkeley: University of California Press, 1991.

Sanchez de la Torre, A. (1997) “El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*” en *Cuadernos de filología clásica. Estudios latinos* N° 12, 1997, pp. 39-78.

Schauer, F. (2015) *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, Documento de Kindle.

Schiavone, A. (2005) *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora 2009.

Schmitt, C. (1921) *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid: Alianza Editorial, 2007

Trujillo, I. (2016) "Introduction: Why (Ever) Define Law and How to Do It" en Bezemek, C. y Ladavac, N.; *The Force of Law Reaffirmed. Frederick Meets the Critics*, Switzerland: Springer International Publishing.

Weber, M. (2006) *Política y ciencia*, Buenos Aires: Leviatán.