

HORIZONTES DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA

Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda
(Directora)

Dykinson, S.L.

HORIZONTES DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA

(Directora)

LUIS BUENO OCHOA

JUAN LUIS JARILLO GÓMEZ

ANA LLANO TORRES

JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ

M^a CONCEPCIÓN RAYÓN BALLESTEROS

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA

JOSÉ M^a CARABANTE MUNTADA

JESÚS VÍCTOR ALFREDO CONTRERAS UGARTE

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2021

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-1377-707-8
Depósito Legal: M-23894-2021

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Copias Centro

TEMA I. CONCEPTO DE DERECHO

Consuelo Martínez-Sicilia

- A. CONCEPTO DE DERECHO
 - 1. Concepto de derecho
 - 2. Origen del derecho
 - 3. La relación jurídica
 - 4. La esencia del derecho
- B. EL DERECHO COMO CIENCIA
- C. LOS TEMAS DE FUNDAMENTO
 - 1. Teoría General del Derecho
 - 2. Axiología jurídica
 - 3. Teoría de la norma jurídica

TEMA II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO

Luis Bueno Ochoa

- A. INTRODUCCIÓN
- B. CONTROVERSIAS EN LAS DEFINICIONES
- C. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL DERECHO
- D. EL DERECHO COMO CIENCIA
 - 1. El Derecho como ciencia
 - 2. El Derecho como técnica
 - 3. El Derecho como arte
- E. DECÁLOGO DE PRINCIPIOS
- F. PRINCIPALES ÁREAS DEL DERECHO
 - 1. Derecho Constitucional
 - 2. Derecho Administrativo
 - 3. Derecho Penal
- G. CONCEPTOS BÁSICOS

ción social cuyo desarrollo convergen, como apuntaba existente (*elemento material* - *elemento formal*).

son los cinco siguientes: de la titularidad de derecho que impulsa a establecer/ a los sujetos intervinientes *hecho jurídico*: factor con de la relación jurídica y 5) o que jurídica

icas; mencionaremos, indiente: 1^a) *Relaciones jurídicas*, son dos los criterios que Derecho Público: a) cuando caracterizada por la nota de cuando es el *interés general* de que se trata. 2^a) *Relaciones jurídicas*, según las relaciones jurídicas entre sujetos; sobre realidades jurídicas, respectivamente.

dos tradiciones jurídicas *romanas* y, especialmente, un enfoque jurídico-normativo *jurídicas* como núcleos o *figuras* el conjunto de normas que *que* arranca con el *instituto* pone el acento en el análisis *la institución jurídica* sea la *situaciones jurídicas* de los

Tema III

Funciones, fines e interacciones del Derecho

LUIS BUENO OCHOA

A. INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho como sistema normativo constituye uno de los tres abordajes que van a proyectarse, con carácter previo, a partir de las *funciones* y *fines* del Derecho.

La triple visión proyectada centrada en lo *social*, lo *normativo* y lo *instrumental*, dará lugar, ulteriormente, a una secuencia de interacciones del Derecho con otros sistemas normativos.

Las antedichas interacciones repararán, fundamentalmente, en las relaciones del Derecho con la Moral y los Usos sociales; sin perjuicio de aludir después a otra serie de relaciones que el Derecho mantiene con la Política, la Economía y la Fuerza.

B. FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

Las *funciones* y *fines* del Derecho remiten al *cómo* y al *porqué* a la hora de proponernos establecer diferentes formas de entrar en contacto con el mundo del Derecho. Cabe distinguir, a estos efectos, tres vías de aproximación: a) *cómo lo experimentamos*: como fenómeno social; b) *cómo se manifiesta*: como sistema normativo y c) y, *para qué sirve*: como forma de organización, incidiendo, pues, en último lugar, en el Derecho como instrumento o como sistema de control social.

1. El Derecho como fenómeno social

El Derecho es inherente a la vida social. Recuérdese, en este sentido, el *dictum ubi societas, ibi ius* así como la condición del hombre como "ser social -gre-

gario- por naturaleza" de acuerdo con su consideración como *zoon politikon* que nos conduce hasta Aristóteles.

Son dos los extremos que cabe resaltar a propósito de la experiencia del Derecho como fenómeno social.

Por un lado, la interdependencia del Derecho (como subsistema) y el resto de factores sociales: económicos, políticos, culturales, demográficos, etc.; así como la existencia, como entramado, de diferentes clases de relaciones: comunitarias, contractuales, de dominación, conflictuales, etc.

Y, por otro, la interacción Derecho-sociedad no deja de ser polémica. Es clásico el dilema, según el cual, el cambio jurídico es causa -o consecuencia- del cambio social. En el primer supuesto -*la sociedad sigue al Derecho*- habríamos de referirnos a la denominada *función promocional -o pedagógica-* del Derecho mientras que en el segundo -*el Derecho sigue a la sociedad*- se impondría la nota de *eficacia del Derecho* así como la impronta de la *realidad social* a la hora de interpretar-aplicar el Derecho (cfr. art. 3.1 Cc).

2. El Derecho como sistema normativo

La yuxtaposición de sistemas normativos, comúnmente acotada a las relaciones entre Derecho, Moral y Usos sociales, queda circunscrita a que las relaciones entre dichos órdenes o sistemas puedan ser de *identificación; complementariedad o de confrontación*.

El tema objeto de desarrollo va a abordar las relaciones entre Derecho y Moral, Derecho y Usos sociales, añadiendo, después, otras formas de interacción como son aquellas que se mantienen entre Derecho y Política, Derecho y Economía y, por último, Derecho y Fuerza.

3. El Derecho como instrumento (o como sistema de control social)

La íntima conexión entre Derecho y Poder puede sustanciarse, igualmente, en términos de *identificación, complementariedad o confrontación*.

Aunque la relación entre Derecho y Poder será tratada cuando sea esbozado el par Derecho-Política, sí es oportuno dejar constancia de tres instancias que permiten apreciar diferentes formas de integrar el mencionado carácter instrumental del Derecho: *autoridad, poder y fuerza*.

La *autoridad* se refiere a un «saber socialmente reconocido» y, como *auctoritas*, apela al denominado «juicio de legitimidad» que se centra en el *ejercicio*.

El *poder* alude a un «poder socialmente reconocido» y, como *potestas*, está relacionado con el «juicio de legalidad» que se circunscribe al *origen*.

La fuerza, finalmente, o ausencia puede dirimir la obra, contrariamente, a

Complementariamente a ser citados dos textos e cuestiones tratadas acerca de la organización social así como

Primeramente, Luis...
...idad de separar el Derec

El Derecho es un...
...blar de Derecho. No...
...cial, lo mismo que la...
...humana. Desde el me...
...laciones jurídicas en...
...ubi homo, ibi ius. Est...
...Derecho la alteridad.

En este sentido e...
...a su vez, una de las f...
...sería impensable com

Si fuese posible q...
...regulase todas sus re...
...tonces sí que sería in...
...una utopía, que solo...
...cuales, por lo demás...
...de una "regla", que v...
...naturaleza del hombre...
...Filosofía del Derecho

Y, en segundo lugar...
...Jz (1841-1935) daba in...
...de Derecho de la Univers...
...idea de cambio refirién...
...objeto de estudio de los

Cuando estudiam...
...una profesión bien...
...mos para actuar an...
...de que se mantenga...
...una profesión, por l...
...les defiendan o les ac...
...de la fuerza pública...
...el Estado desplegar...
...gente quiere saber

La fuerza, finalmente, tiene una connotación física, tangible, cuya presencia o ausencia puede dirimirse en términos tales como «la razón de la fuerza» que opera, contrariamente, a «la fuerza de la razón».

Complementariamente a las tres vías de aproximación que preceden, pasan a ser citados dos textos en los que están presentes, siquiera sea implícitamente, cuestiones tratadas acerca de la consideración del Derecho como forma de organización social así como a la tríada cambio-control-función social del Derecho.

Primeramente, Luiz Legaz y Lacambra (1906-1980) precisaba la imposibilidad de separar el Derecho y la vida social al tratarse de ámbitos inescindibles:

El Derecho es un precepto social, solo en la vida social tiene sentido hablar de Derecho. No solo eso. El Derecho es una forma necesaria de vivir social, lo mismo que la vida social es una forma ineliminable de la existencia humana. Desde el momento que hay hombres en mutua relación existen relaciones jurídicas entre ellos: ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius. Esto es lo que se expresa diciendo que es nota esencial del Derecho la alteridad, es decir, la distinción de sujetos.

En este sentido el Derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es a su vez, una de las formas de la vida humana; sin el Derecho, la vida social sería impensable como es impensable la vida social sin el Derecho.

Si fuese posible que el hombre, desaparecida su dimensión socializada, regulase todas sus relaciones solo bajo el signo del amor y de la caridad, entonces sí que sería innecesario el Derecho: pero este estado de perfección es una utopía, que solo puede realizarse en círculos de vida muy pequeños, los cuales, por lo demás (como las órdenes religiosas) no están tampoco exentos de una "regla", que viene a representar el elemento jurídico. Es la misma naturaleza del hombre la que exige sociedad y Derecho (Legaz y Lacambra, L.: Filosofía del Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 275-276).

Y, en segundo lugar, el famoso juez norteamericano, Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935) daba inicio a su famosa conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston el 8 de enero de 1897 trascendiendo la idea de cambio refiriéndose al papel que juega la predicción como verdadero objeto de estudio de los juristas:

Cuando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando aquello que necesitaremos para actuar ante los tribunales o para aconsejar a la gente al objeto de que se mantenga alejada de ellos. La razón por la que nos hallamos ante una profesión, por la que los ciudadanos pagarán a los abogados para que les defiendan o les aconsejen, es que en sociedades como la nuestra el control de la fuerza pública es confiado a los jueces en ciertos casos y, si es necesario, el Estado desplegará todo su poder para que sus sentencias se cumplan. La gente quiere saber bajo qué circunstancias y hasta qué punto merecerá la

pena correr el riesgo de enfrentarse a una instancia tan poderosa, y de ahí que llegue a convertirse en un negocio el averiguar cuándo ha de temerse el peligro. El objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación en los tribunales. (Holmes, O. W.: *La senda del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 55).

C. DERECHO Y MORAL

Las relaciones entre Derecho y Moral pueden ser resumidas en nuestro contexto a través de tres etapas que, como hitos, pasan a relacionarse:

1ª) Hasta la Edad Moderna, puede hablarse de una indistinción entre Derecho y Moral total o *cuasi-total*.

Fue Christian Thomasius (1655-1728) quien distinguió en *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1709) tres tipos de reglas dirigidas a la búsqueda de la felicidad humana: *decoro* (cuyo objeto eran los Usos sociales y su finalidad proporcionar reglas de buena educación); *honestidad* (cuyo objeto era la Moral y su finalidad procurar la *paz interior*) y *justicia* (cuyo objeto era el Derecho y su finalidad procurar la *paz exterior*).

La doctrina de Thomasius sobre la distinción entre Moral y Derecho puede resumirse atendiendo a los cinco criterios siguientes:

- Por el tipo de acciones.* La esfera de subjetividad permite distinguir entre las *acciones internas*, sustraídas a la coacción y, por tanto, afectas al ámbito moral; y las *acciones externas* que, provistas del elemento coacción, son las que se despliegan en el orbe jurídico.
- Por la diversidad de bienes.* La Moral tiene por objeto la *paz interior* en tanto en cuanto el Derecho la *paz exterior*.
- Por los destinatarios.* La Moral se sustancia en el plano individual (sin perjuicio de la matización que luego se dirá) mientras el Derecho presupone al menos dos sujetos.
- Según se atienda a un criterio positivo o negativo.* La regla de oro de la moralidad remite a una formulación positiva del tipo «compórtate con los demás como quieras que los demás se porten contigo»; lo jurídico, en cambio, remite a una formulación negativa expresada de modo que «no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti».
- Por el elemento coacción.* Esta última nota, es decir, la negación de la Moral como orden coactivo y, consiguientemente, la afirmación del Derecho como orden coactivo, es la que perfila más nítidamente la distinción entre la esfera de la Moral y la esfera del Derecho.

Posteriormente, fue Kant quien corroboró en la *Metafísica de las costumbres* (1797) tales diferencias al separar las *leyes morales* (relativas a la “libertad interior”) del *Derecho* (asociado, en cambio, a la “libertad exterior”). Otra forma de

exponerlo sería afirmar que el deber jurídico constituye una esfera que delimita, pues, moralidad.

El punto de partida es, por una parte, el hombre como fin supremo; y, por otra, el cálculo a posteriori de la sensibilidad. La distinción entre la “ética de la responsabilidad” y la “ética de la fe” se grafica en las dos conferencias de los últimos años. Pese a la dificultad de conducirse del hombre como fin, ciertamente, con el modo de proceder posteriormente en la pasión (*ira et studio*) con el fin político [... sin desconfiar para el político: p. 100]. W.: El político y el científico.

El “obrar rectamente” es un concepto categórico. Primera máxima según una máxima universal» (KANT, I: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, 1995, p. 39); y, por otra parte: «Obra de tal modo que la persona de cualquier condición sea tratada como un medio».

De lo expuesto resulta que la Moral y su objeto son, en este sentido, elocuentes bajo las cuales el arbitrio se sujeta a una ley general de la razón. (Madrid, Marcial Pons, 2012).

2ª) Fue a partir de la Ilustración, con la Codificación, que se produjo la distinción entre Derecho y Moral.

3ª) Más modernas son las tesis que afirman que el Derecho y la Moral son dos esferas que se relacionan, pero que no se confunden. El Derecho no es, ciertamente, una ciencia.

exponerlo sería afirmar que mientras el *deber moral* es un *deber autónomo*, el deber jurídico constituye un *deber heterónomo*. El par *autonomía-heteronomía* delimita, pues, moralidad y juridicidad.

El punto de partida kantiano queda residenciado en dos proposiciones: por una parte, el hombre está orientado a la moralidad –“obrar rectamente”– como fin supremo; y, por otra, ese “obrar rectamente” no proviene de la experiencia ni del cálculo *a posteriori* sino que es una categoría del entendimiento *a priori* de la sensibilidad. La acotación precedente puede verse complementada con la distinción entre la “ética de la convicción” (fundada en los *principios*) y la “ética de la responsabilidad” (de tipo *consecuencialista*) que tan bien quedara radiografiada en las dos conferencias impartidas por Max Weber (1864-1920) en sus últimos años. Pese a la complementariedad finalmente postulada, el modo de conducirse del *hombre de estudio* en *La ciencia como vocación* (1917) contrasta, ciertamente, con el *modus operandi* que es propio del *hombre de acción* retratado posteriormente en *La política como vocación* (1919): «Parcialidad, lucha y pasión (*ira et studio*) constituyen el elemento del político y sobre todo del *caudillo político* [... sin descontar] que son tres las cualidades decisivamente importantes para el político: pasión, sentido de la responsabilidad y medida (WEBER, M.: *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 2004, pp. 115 y 154).

El “obrar rectamente” kantiano deriva en la doble formulación del *imperativo categórico*. Primeramente, considerado único y que es como sigue: «Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal» (KANT, I.: *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, México, Porrúa, 1995, p. 39); y, posteriormente, considerado como *imperativo práctico*, añade: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (*ibidem*, pp. 44-45).

De lo expuesto resulta que el Derecho es para Kant trasunto o correlativo de la Moral y su objeto no es otro que la libertad. Su definición de Derecho es, en este sentido, elocuente: «El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad» (Kant, I.: *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 46).

2ª) Fue a partir de los siglos XIX y XX cuando, luego de la Revolución Francesa, con la Codificación y el impulso iuspositivista, se fue consolidando la distinción entre Derecho y Moral.

3ª) Más modernamente, como tercera y última etapa, no se tiene por menos que afirmar que ha reverdecido el debate sobre las tensiones entre el Derecho y la Moral. El conflicto entre obediencia a la ley *versus* objeción de conciencia no es, ciertamente, inusual.

tenerse en dar concreción a
empleo de ambas nociones
oportuno traer a colación la
(1924-2016).

que la Ética es lo que los ro-
gos llamaban Ética, matizaba
ducta de los sujetos humanos
vuelven a esa conducta), la
(s) se reservaba para los gru-
sino en la medida en la cual
pese a la indistinción habi-
Ética- individual difiere, en

sociales pueden ser también,
complementariedad y/o con-
complementariedad podría ver-
derecho quedaría configurado
namiento y la conservación
e el objeto de los Usos sociales
a la defensa del orden básico
e lo oportuno y/o decoroso).

mitir que las fronteras entre
as y están sujetas a cambios.
qué alcance tienen las notas
el Derecho. El profesor Juan
e identificarla con el logro de
as que la *efectividad* implica-
r parte de sus destinatarios y
cosas, es una noción residen-
derecho que hunde sus raíces
ar que una norma jurídica es
la situación de un sujeto sin

ción dando cuenta de las no-
rar, acto seguido, en la doble
n relación con la Moral como
acerca de las funciones socia-
ento recogido por el profesor
o (2005).

Como *notas características* de los Usos sociales pueden enunciarse las siguientes:

- a) La *manifestación* de los Usos sociales se plasma en el trato social a través de la reiteración de comportamientos que se reflejan de manera *directa* (p. ej., a través del saludo) o *indirecta* (p. ej., adaptando la indumentaria al patrón social vigente).
- b) Los Usos sociales comportan cierta *exigencia normativa* al tenerse que ajustar el comportamiento a los modelos habituales.
- c) El *origen normativo* de los Usos sociales radica en la propia sociedad a través de acciones que muchas veces resultan inconcretas, difusas e, incluso, inconscientes. Es pertinente referirse al concepto de *inconsciente colectivo* propuesto por Carl Gustav Jung (1875-1961), el fundador de la Psicología Analítica, con el que se aludía a aquello que, como mezcla de instintos y arquetipos, «representa una psique que, en contraposición a lo psíquico conocido por nosotros, resulta inconcreto...».
- d) El *carácter normativo* de los Usos sociales se traduce en la existencia de sanciones aun cuando las mismas tengan lugar desprovistas de la cobertura de mecanismos formales de imposición.
- e) La *fuerza vinculante del uso* no tiene por qué guardar correspondencia con la frecuencia en la reiteración del comportamiento de que se trate.
- f) La *observancia* de los Usos sociales opera sin que sea tenida en consideración el elemento intencional del agente.
- g) Los Usos sociales tienen un ámbito de vigencia variable que oscila según sea la implantación o adhesión entre los distintos grupos sociales.

Sobre la *distinción entre Usos sociales y Moral*; aun cuando no está exenta de controversia, puede quedar perfilada a partir de las consideraciones siguientes:

- a) Los Usos sociales no manifiestan una vinculación tan directa, al menos, con la *idea de bien* como la que es propia del orden moral.
- b) Los Usos sociales, a diferencia de lo que acontece en el plano de la moralidad, no requieren *conformidad interna* por parte del sujeto que se considera obligado.
- c) Los Usos sociales se presentan, en general, como exigencias que se encuentran condicionadas por el *contexto*; y, sin embargo, la obligación moral se configura, también en general, haciendo abstracción de las diferenciación espacio-temporal (no obstante, cabe hacerse eco, a su vez, de una ética de mínimos con ideas afines tales como la tolerancia y el consenso social y una ética de máximos que apela, sin embargo, a una ética global). El eventual desdoblamiento ciudadano-hombre es, pues, el que está latente en la mencionada distinción.
- d) De la inobservancia de un Uso social se deriva la imposición de *sanciones* a instancia de la colectividad; mientras que si se trata de una obli-

gación moral la sanción se dilucida ante –y por– el propio sujeto que opera como agente activo –y agente pasivo– de la misma.

Sobre la *distinción entre Usos sociales y Derecho*; esta segunda distinción resulta menos controvertida que la precedente pudiendo ofrecerse un conjunto de criterios que, si bien no están exentos de toda problematicidad, contribuyen a clarificar la separación entre unos y otro:

- a) *La especificidad de la materia regulada.* Se ha aludido al respecto a una suerte de adscripción natural de unas materias a los convencionalismos sociales y otras a las reglamentaciones que sintonizan con la idiosincrasia jurídica.
- b) *El origen de las normas.* Aun a costa de incurrir en algún reduccionismo tiene virtualidad orientativa afirmar que mientras el origen de los Usos sociales radica en la sociedad, las normas jurídicas derivan del Estado; sin que deban pasarse por alto las puntualizaciones que sean procedentes a partir de la *teoría de la división de poderes* y, singularmente, de acuerdo con autores como John Locke (1632-1704) y Montesquieu (1689-1755).
- c) *El grado de pretensión de validez de las normas.* La desigual pretensión de validez entre las normas jurídicas y los Usos sociales se advierte tanto en el plano formal como en el de las consecuencias. Las normas jurídicas comportan, en este sentido, una validez incondicional frente a sus destinatarios cuya intensidad no es comparable, ciertamente, con la de los convencionalismos sociales.
- d) *La estructura lógica de las normas.* El carácter bilateral de las normas jurídicas a partir del doble reconocimiento de derechos y obligaciones contrasta con la unilateralidad que es inherente a los convencionalismos sociales.
- e) *La forma de manifestación.* Los Usos sociales denotan una voluntad tácitamente expresada por la colectividad que se manifiesta a través de cauces mucho menos formales, en general, y mucho más directos y espontáneos que los que son inherentes a las normas jurídicas.
- f) *La especificidad de la sanción que comporta la desobediencia a las normas.* La especificidad de la sanción jurídica frente a la que dimana de la vulneración de los Usos sociales estriba en que aquella conlleva una compulsión coactiva de la que carece la inobservancia de los convencionalismos sociales.

Finalmente, se añade un apunte acerca de la *función social del Derecho*; y, a tal efecto, se hace constar que la mayoría de la doctrina sostiene que son cuatro las funciones sociales del Derecho:

- a) *Función de integración o control social.* Lograr y mantener la cohesión de un grupo social viene a subrayar, asimismo, el protagonismo del Derecho como medio de control social.

- b) *Función de cohesión* – el Derecho a través de la colectividad.
- c) *Función de resolución de conflictos* que no solo a través de la definición del conflicto.
- d) *Función de legitimación del poder estatal* curando, pues, el orden jurídico.

E. DERECHO Y POLÍTICA

Las relaciones entre el Derecho y la Política que esta última termina por definir.

La figura de Nicolás de Machiavelli, siglos después emparejada con la de Maquiavelo, entre otras, El camaleón entre estos dos mundos, exponer el profesor López, que tienen a formas de vida que difieren, de manera sustancial y conveniencia. Pero que para el Derecho se trata de una cuestión de principios.

La alusión a Maquiavelo, las aportaciones del Secreto de la Política eran consideradas como dominante, el maquiavelismo presuponerse la existencia del "deber ser" y la ley humana.

La virtud y la fortaleza, el amigo-enemigo schmitt como para trascender, más concretamente, a la terminología haciendo acto de presencia.

Las relaciones entre el Derecho y la Política, de cariz excluyente.

- b) *Función de orientación social.* Con la *función promocional* –o pedagógica– el Derecho pretende erigirse en orientación general de la conducta a través de la influencia ejercida recíprocamente entre los miembros de la colectividad.
- c) *Función de tratamiento y resolución de conflictos.* El Derecho dirime los conflictos que dimanen de la interacción afín a la convivencia humana no solo a través de la actuación judicial; sino ya desde antes con la jurisdicción del conflicto en la fase legislativa.
- d) *Función de legitimación del poder.* El Derecho busca la legitimación del poder establecido a través del consenso entre los ciudadanos, procurando, pues, su adhesión al modelo en que se inscriba dicho orden jurídico.

E. DERECHO Y POLÍTICA

Las relaciones entre el Derecho y la Política reparan en la posibilidad de que esta última termine erigiéndose en un orden normativo autónomo.

La figura de Nicolás Maquiavelo (1469-1527) y su obra, *El príncipe* (1513), siglos después emparentada con la de Carl Schmitt (1888-1985), pudiendo destacar, entre otras, *El concepto de lo político* (1932), nos proveen de líneas delimitadoras entre estos dos ámbitos, Derecho y Política, tal como se ocupara de exponer el profesor Legaz. Así, aunque tanto el Derecho como la Política pertenecen a formas de vida social y representan puntos de vista sobre la justicia, difieren, de manera sustancial, en el carácter que otorgan al *criterio de oportunidad y conveniencia*. Para la Política dicho criterio adquiere primacía mientras que para el Derecho se convierte en un criterio subalterno.

La alusión a Maquiavelo es procedente dado que con anterioridad a las aportaciones del Secretario florentino las normas que tenían por objeto la Política eran consideradas de carácter estrictamente moral. Con la teoría política dimanante, el maquiavelismo, nos damos de bruces con la maldad humana al presuponerse la existencia de una doble moral: por un lado, la evangélicocris- tiana del “deber ser” y, por otro, la que resulta de la polémica noción de naturaleza humana.

La *virtus* y la *fortuna* maquiavélicas puestas en relación con la *oposición amigo-enemigo* schmittiana perfilan el campo de lo político y preparan el terreno para trascender las relaciones entre el Derecho y la Política y referirnos, más concretamente, a las relaciones entre el Derecho y el Estado. Será así como terminará haciendo acto de presencia el concepto de Estado de Derecho.

Las relaciones entre el Derecho y el Estado plantean diferentes posibilidades, de cariz excluyente, que pasan a exponerse:

- a) *Prioridad del Estado*. La existencia, el alcance y la vigencia del Derecho dependen directamente del Estado de manera que todo ordenamiento jurídico está subordinado al artefacto estatal, ese “monstruo frío” al que se refería Friedrich Nietzsche (1844-1900) como «el más frío de todos los monstruos fríos».
- b) *Prioridad del Derecho*. El Estado es posterior al Derecho no sólo cronológicamente sino también desde un punto de vista lógico o conceptual. El sentimiento de vida comunitaria que hace que el Derecho preceda al Estado conlleva, por tanto, que el Estado esté supeditado conceptualmente al Derecho.
- c) *Teoría de la equiparación o identidad*. Se mantiene, finalmente, que no existe prioridad en las relaciones entre el Derecho y el Estado dado que ambos son manifestaciones de una única realidad. Con clara inspiración kelseniana podría afirmarse, en consecuencia, que así como el Derecho se identifica con el Estado en tanto que situación normada, el Estado equivale a la personificación del conjunto del ordenamiento jurídico.

La panorámica descrita desemboca, según lo apuntado, en el concepto de Estado de Derecho: una suerte de tentación tautológica cuyo antecedente nos llevarían hasta la Revolución Francesa y a las propuestas de autores entre los que habría que destacar a Kant y a Robert von Mohl (1799-1875).

Pues bien, más allá de hacer una breve alusión a las etapas que suelen citarse a propósito del Estado de Derecho, concluiremos con una breve mención a su significación en nuestro contexto más inmediato.

Suelen distinguirse tres etapas en la evolución de la noción de Estado de Derecho:

- 1ª) *Estado Liberal de Derecho*. Tiene lugar en un contexto ideológico y socio-económico coincidente con el liberalismo clásico, fijándose su punto de partida en la Revolución Francesa y su conclusión en el final de la I Guerra Mundial.
- 2ª) *Estado Social de Derecho*. La impronta keynesiana se remonta al final de la I Guerra Mundial y llega hasta la Crisis del petróleo de la década de los setenta de la pasada centuria.
- 3ª) *Estado Constitucional*. Desde el último tercio del siglo pasado el debilitamiento del Estado soberano, la denominada crisis del Estado Nacional, ha tratado de paliarse con la tesis del Estado constitucional que reside en el *principio de la soberanía de la Constitución*.

Resta mencionar, finalmente, qué significación tiene la construcción del Estado de Derecho en nuestro contexto. La cita del art. 1.1 CE, según la cual, «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», puede verse completada con el enunciado de las *notas características* siguientes:

- 1) Imperio de la ley. Principio de legalidad. Principio de legalidad pública (art. 9.1 CE).
- 2) Doctrina de la legalidad. Principio de legalidad que distingue entre lo que es lícito y lo que es ilícito (véanse los Tit. I y II).
- 3) Afirmación de la supremacía de la Constitución. Principio de constitucionalidad.
- 4) Reconocimiento de los derechos fundamentales. Son de cita obligatoria en toda ley (art. 1.1 CE).
- 5) Legalidad de la administración. art. 103 CE dispone que la administración debe actuar de acuerdo con la legalidad de la ley y ésta a los fines que se establecen.

E. DERECHO Y ECONOMÍA

Las exigencias vitales de la existencia del *primum vivere* de que la escasez es el problema.

Como simple esbozo de la relación entre el Derecho y la Economía, no cabe sino referirse al marxismo y, otra, referirse al marxismo como Economía.

Según el materialismo histórico, la estructura de carácter económico.

Desde la segunda mitad del siglo XX, se citan las tesis de la Economía Institucional, y el Premio Nobel de Economía.

Según el denominado *neoinstitucionalismo* es considerado.

- 1) Imperio de la ley (*Rule of Law*). Cabe destacar, a este respecto, el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).
- 2) Doctrina de la división –o separación– de poderes (*Checks & Balances*) que distingue entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial (véanse los Títulos III, IV y VI de la CE, respectivamente).
- 3) Afirmación de la personalidad jurídica del Estado (aun cuando la Constitución Española no la reconozca expresamente).
- 4) Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades individuales. Son de cita obligada los arts. 14 a 29 y 30.2 CE en tanto que derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- 5) Legalidad de las actuaciones de la Administración y control judicial. El art. 103 CE dispone que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento a la ley y al Derecho»; y, a su vez, el art. 106.1 CE establece que «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

F. DERECHO Y ECONOMÍA

Las exigencias vitales, esas que tan bien evoca ese enunciado de la filosofía existencial del *primum vivere, deinde philosophare*, lo condicionan todo en vista de que la escasez es el problema fundamental de la economía.

Como simple esbozo de esa interacción constante que tiene lugar entre el Derecho y la Economía, nos limitaremos a dar cuenta de dos perspectivas: una, de cañido marxista y, otra, referida al denominado *Análisis Económico del Derecho*, es decir, el conocido como *Economic Analysis of Law*, también llamado *Law & Economics*.

Según el *materialismo histórico* el Derecho se configura como una superestructura de carácter ideológico condicionada, a su vez, por la infraestructura económica.

Desde la segunda perspectiva anunciada, la del *Análisis Económico del Derecho*, se citan las tesis secundadas por dos autores como Ronald H. Coase (1910-2013), el fundador del *Análisis Económico del Derecho* y de la *Nueva Economía Institucional*, y Douglass C. North (1920-2015), considerado un renovador de la investigación en historia económica que fue galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1993.

Según el denominado “teorema de Coase”, en primer lugar, el Derecho contemporáneo es considerado superfluo dado que los individuos, por sí solos y

sin intervención del Derecho, pueden hacer una asignación más eficaz de los recursos productivos de la sociedad siempre y cuando los "costos de transacción" tiendan a cero. El Derecho regulatorio contemporáneo, llega a afirmarse, tiende a ser generador de los mencionados costos de transacción y, por lo tanto, de ineficiencias. Se postula, pues, una visión del Derecho desfavorable, al que se relega, en consecuencia, a un papel supletorio.

Una segunda tesis, aquella en la que cobra un papel destacado Douglass North, sostiene, a diferencia de la anterior, que el Derecho no es superfluo. Antes al contrario, lo que se propugna para alcanzar el crecimiento económico es la existencia de un marco jurídico en el que se proteja el derecho de propiedad y se haga realidad, por consiguiente, el principio de seguridad jurídica.

La constante retroalimentación entre el Derecho y la Economía permite glosar, con fines recapitulativos, una visión tan elocuente como la que pasa a transcribirse:

El Derecho es como el Rey Midas. Si en la leyenda griega este monarca convertía en oro todo aquello que tocaba, aniquilándose en su propia riqueza, el Derecho, no por castigo, sino por destino ético, convierte en jurídico todo aquello que toca, para ponerlo en condiciones de poder realizarse con garantía y armonía con los demás valores sociales. (REALE, M.: Introducción al Derecho, Madrid, Ed. Pirámide, 1984, p. 36).

G. DERECHO Y FUERZA

Se ofrecen, finalmente, siguiendo el planteamiento del profesor Luis Prieto Sanchís, tres diferentes perspectivas a propósito de las relaciones entre el Derecho y la fuerza:

- a) *La fuerza como fundamento del Derecho.* Detentar la fuerza representa el fundamento del Derecho puesto que las normas son creadas por quien detenta el poder en sintonía, pues, con el significado originario de soberanía con el que habríamos de remontarnos a Jean Bodino (1529/33-1596) y *Los seis libros de la República* (1576).
- b) *La fuerza como instrumento del Derecho.* Las relaciones entre Derecho y fuerza son susceptibles de ser enfocadas en términos instrumentales dado que lo que es propio de las normas jurídicas es la posibilidad de recurrir a la coacción.
- c) *La fuerza como objeto del Derecho.* Esta última versión es la que de manera más sofisticada aborda las relaciones entre Derecho y fuerza. No se trata tanto de que el Derecho esté garantizado por la fuerza sino de que el Derecho consista, con resonancias kelsenianas, en *fuerza regulada*; puesto que, en definitiva, Derecho y fuerza no son sino dos caras de una misma moneda.

signación más eficaz de los
do los "costos de transac-
poráneo, llega a afirmarse,
transacción y, por lo tanto,
cho desfavorable, al que se

papel destacado Douglass
cho no es superfluo. Antes
ecimiento económico es la
derecho de propiedad y se
ridad jurídica.

ho y la Economía permite
tente como la que pasa a

da griega este monarca
dose en su propia rique-
za, convierte en jurídico
de poder realizarse con
REALE, M.: Introducción

ento del profesor Luis Prieto
de las relaciones entre el

etentar la fuerza represen-
las normas son creadas por
con el significado origina-
remontarnos a Jean Bodino
blica (1576).

as relaciones entre Derecho
en términos instrumentales
jurídicas es la posibilidad de

ima versión es la que de ma-
s entre Derecho y fuerza. No
ntizado por la fuerza sino de
elsenianas, en fuerza regula-
erza no son sino dos caras de

Como acotación final cabe señalar que las tres versiones de las relaciones entre Derecho y fuerza que anteceden pueden no resultar excluyentes llegándose a postular, llegado el caso, la complementariedad de las mismas.

No queda, en fin, sino subrayar que la fuerza, la compulsión coactiva, es la seña de identidad característica que diferencia al Derecho de otros sistemas normativos.

Tema IV

Perspectiva microjurídica

Luis Prieto Prieto

A. INTRODUCCIÓN

La teoría de la norma se propone desarrollar una perspectiva microjurídica que se centre en el estudio de la norma jurídica en la teoría del derecho, la teoría del sistema jurídico y la teoría de la ciencia jurídica.

El recorrido se inicia por la norma jurídica en su sentido más amplio, entendiendo el concepto desde la perspectiva de la norma jurídica y la norma jurídica. La clasificación resulta en dos posibilidades: la norma jurídica que se refiere a la conducta humana y la norma jurídica que se refiere a la conducta humana.

B. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO: LA NORMA JURÍDICA

Nos vamos a referir a la manera de explicar el Derecho que toma como eje la norma jurídica. Se trata de una perspectiva que resulta de un planteamiento microjurídico y que se refiere a la construcción de una teoría jurídica del Derecho que separe en la norma jurídica en tanto que objeto, objeto de la ciencia jurídica y sistema jurídico.

Como sección de introducción es oportuno señalar que existen otras perspectivas de estudio del derecho. Así, si la norma jurídica tiene en consideración el estado o el hecho de la norma, se denomina visión de conjunto. Destaca, a este respecto, la teoría del ordenamiento jurídico y también otras teorías de posición que remiten a la idea de sistema jurídico o de relación jurídica. Estas otras perspectivas se refieren a un planteamiento macrojurídico y