

Apuntes de teoría del Derecho

Luis Prieto Sanchís

E D I T O R I A L T R O T T A

CONTENIDO

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS Serie Derecho

Consejo Asesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan-Ramón Capella
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 2005
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Luis Prieto Sanchís, 2005

ISBN: 84-8164-776-4
Depósito Legal: M-30.296-2005

Impresión
Marfa Impresión, S.L.

<i>Advertencia preliminar</i>	9
1. Aproximación al concepto de Derecho	13
2. Derecho y sociedad	27
3. El lenguaje del Derecho	41
4. La estructura de la norma	53
5. Normas primarias y normas secundarias	65
6. Validez	73
7. Eficacia	83
8. Justicia	95
9. Sistemas normativos y sistemas jurídicos	105
10. La unidad del sistema jurídico	113
11. La plenitud del sistema jurídico	123
12. La coherencia del sistema jurídico	131
13. Las antinomias y el juicio de ponderación	143
14. Las fuentes del Derecho	151
15. La estructura del sistema de fuentes	161
16. La dimensión temporal del Derecho	169
17. El sistema de fuentes del Derecho español	177
18. El Derecho consuetudinario	191
19. Los principios generales del Derecho	205
20. La jurisprudencia	213
21. La interpretación del Derecho	225
22. Teorías sobre la interpretación	237

23. Problemas de la interpretación	249
24. Métodos de interpretación	263
25. La aplicación del Derecho	275
26. Conceptos jurídicos fundamentales	287
27. La doctrina del Derecho natural.....	301
28. El positivismo jurídico	315
<i>Índice general</i>	327

ADVERTENCIA PRELIMINAR

De cuantas denominaciones hace uso la literatura académica para titular sus productos he querido escoger la que me parece más modesta, no ya para prevenir posibles y muy razonables críticas, sino porque juzgo que es la más ajustada a los propósitos que me han guiado y también a los resultados obtenidos. Este libro no es un Tratado, ni un Curso, ni siquiera un Manual completo y bien estructurado; mucho menos, claro está, una Teoría del Derecho original y consistente. Se trata sólo de unos Apuntes que responden a un designio exclusivamente docente. Han sido redactados a lo largo del curso académico 2004/05 al hilo de las explicaciones de clase, y de hecho quienes han sido mis alumnos ya los han padecido en forma fragmentaria y mecanografiada. Debo confesar que cuando inicié el trabajo no pensaba publicarlo, al menos no bajo un sello editorial de amplia difusión. Sin embargo, la insistencia de algún amigo, el propósito de facilitar su uso a los futuros estudiantes y, por qué no decirlo, el convencimiento de que últimamente se han dulcificado bastante las exigencias científicas y de calidad en el panorama del libro universitario, me han animado a aceptar la generosa invitación de Trotta, que una vez más me honra acoguéndome en su catálogo editorial.

La indicada finalidad docente explica varias características de esta obra, entre las que quisiera llamar la atención sobre dos. La primera, relativa al número y factura de los temas o lecciones; venticinco pueden parecer muchas lecciones y seguramente con razón, pero a cambio el contenido de cada una de ellas resulta casi siempre breve y sintético. Ello obedece a que, como he creído comprobar, los estudiantes sienten un cierto rechazo ante los temas excesivamente extensos, al igual que

ante las argumentaciones prolijas o los debates doctrinales, de todo lo cual asimismo he procurado huir en la medida de lo posible. La segunda observación es que he prescindido de las citas a pie de página, y por un motivo semejante: en este caso no es que los alumnos las rechacen, sino que sencillamente hacen como si no existieran. Por lo demás, confieso también que con la eliminación de todo aparato bibliográfico he querido subrayar algo obvio desde el título, y es que este libro no es lo que suele llamarse un trabajo de investigación. Espero, por tanto, que nadie lo interprete como un alarde de originalidad ni de soberbia. Reconozco mi deuda intelectual no ya hacia los autores que podemos considerar clásicos, sino también hacia la actual teoría del Derecho española, que a mi juicio presenta un nivel medio más que estimable y que cuenta con contribuciones sobresalientes que están muy presentes en estas páginas, como puede comprobar cualquier improbable especialista que se adentre en su lectura.

Por lo que se refiere a las cuestiones más de fondo, tan sólo quiero hacer una precisión. La teoría del Derecho admite muy distintos grados de abstracción; el ideal de una teoría válida para todo Derecho posible, si es que resulta alcanzable, por obligación habría de producir resultados sumamente escuetos y con un altísimo grado de conceptualización; en cambio, una teoría del Derecho positivo vigente apenas sería capaz de despegar del nivel de la dogmática. Lógicamente, aquí procuramos situarnos en algún lugar intermedio, cabe decir que en el lugar del Derecho moderno, si bien unas lecciones se aproximan más que otras a alguno de los extremos señalados. Sin embargo, no me importa confesar que estos Apuntes, al menos determinados capítulos, se quieren mostrar atentos a las peculiaridades del sistema jurídico vigente que han de estudiar nuestros alumnos en el resto de las disciplinas. Ello no sólo obedece a las aficiones que he cultivado en mi actividad académica, sino también al convencimiento de que como asignatura del plan de estudios la teoría del Derecho ha de demostrar su utilidad incluso en el marco de una cultura universitaria como la que hoy parece imponerse, que tiende a concebir como un ornamento innecesario todo saber que supere ligeramente la exégesis de la ley o de la jurisprudencia. No es que piense que la teoría del Derecho ha de ganarse su legitimidad abdicando de lo que constituye su propia naturaleza, pero sí que ha de estar dispuesta a contrastar sus planteamientos y aportaciones en el banco de pruebas del Derecho positivo.

Generalmente, los Prólogos de los libros académicos están escritos para los colegas y no para los estudiantes, lo cual es muy comprensible dado que éstos no suelen leer algo que por definición «no entra en examen». Para terminar esta breve Advertencia haré una excepción. Debe

quedar claro que estos Apuntes pretenden ser sólo una ayuda o guía de lectura para el trabajo directo con los textos que se irán presentando a lo largo del curso, de manera que en modo alguno agotan los materiales que el alumno debe utilizar. Pero su sentido y posible utilidad tal vez se comprenda mejor si explico los motivos de su génesis. Últimamente la Universidad anda un poco revolucionada con la pretendida implantación de un nuevo método docente, que ha querido recibir un nombre entre incomprensible y petulante (ECTS, que traducido significa algo así como sistema europeo de transferencia de créditos), y que hasta el momento nadie me ha sabido explicar en qué consiste. No obstante, he colegido que se trata de acabar con la «lección magistral», que los críticos presentan como aquella en la que el profesor habla y los alumnos callan y toman apuntes disciplinadamente; un método que, dicho sea de paso, no es tan malo como algunos dicen, al menos si se interpreta y ejecuta rectamente. Pero es igual, se impone acabar con la lección magistral y la enojosa copia de apuntes. Para eso están estos Apuntes. Para eso y, como he dicho, para invitar a lecturas más enjundiosas, sobre todo de los clásicos. Preguntas, debates, trabajos, casos prácticos, muchas son las cosas que pueden hacerse en el marco de la docencia, y confío en que estas páginas faciliten su realización. Sin embargo, creo que lo decisivo y esencial del trabajo universitario sigue siendo el estudio y la reflexión personal a partir de una lectura directa de los textos relevantes, que no han de ser necesariamente jurídicos, y esto es algo que ningún Manual puede ni debe intentar sustituir. Considérense, pues, estos Apuntes como un punto de partida para ayudar en el esfuerzo de aprendizaje, reflexión y crítica, no como un punto de llegada que permita eludir cualquier otro esfuerzo.

Toledo, 23 de mayo de 2005

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO

1. *Derecho y fuerza*

En una aproximación muy elemental cabe decir que el Derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta humana. El Derecho no puede regular ni lo imposible ni lo necesario, sino sólo aquello que las personas pueden o no hacer, esto es, su conducta libre (en un sentido meramente fáctico de libertad). Sin embargo, es bastante obvio que la conducta humana no se rige sólo por normas jurídicas, sino que responde a los más variados estímulos y razones; religión, moral, costumbres sociales, reglas de cortesía o simples modas representan otras tantas esferas de normatividad, más o menos perfiladas y entrelazadas entre sí, que también pretenden y de hecho consiguen —muchas veces con mayor eficacia que el Derecho— regular nuestro comportamiento. Por eso, tal vez el problema central, o desde luego el primer problema, de una teoría del Derecho consiste en diferenciar las normas jurídicas de las normas religiosas, morales, sociales, etc.; ello es indispensable, por ejemplo, para saber qué derechos y deberes jurídicos tenemos y, por tanto, para justificar o criticar las decisiones de las autoridades a propósito de los mismos. Éste es el problema de la definición del Derecho.

El problema encontraría una fácil respuesta si resultase que las distintas esferas de normatividad se ocupasen de cosas también distintas, si tuviesen objetos de regulación diferentes. Algunos autores han tratado de explorar este camino, pero lamentablemente parecen haber fracasado: el *contenido prescriptivo* de muchas normas a veces es idéntico en todos los ámbitos de normatividad; así, el Derecho prohíbe matar, pero también lo hace la religión o la moral; algunas religiones prohíben la

bigamia o imponen el deber de asistir a ciertos oficios o actos rituales, pero también lo hace o puede hacerlo el Derecho; son las reglas de la etiqueta las que regulan en general la forma de vestir, pero eventualmente también puede hacerlo el Derecho. Cabe apreciar además que las normas emigran o se trasladan de un sistema a otro, en el sentido de que normas que en tiempos pasados fueron jurídicas se «degradan» luego a la esfera de las costumbres sociales, o a la inversa. Un solo ejemplo: la conducta blasfema (decir palabras injuriosas contra Dios o los santos) siempre ha sido comprensiblemente un pecado en el orden religioso, pero en otro tiempo tampoco dejó de ser un grave delito; más tarde se convirtió en un delito leve, luego en una falta y finalmente hoy es una incorrección social cuyo reproche o desaprobación es más o menos intenso en función de las circunstancias del caso. Sea como fuere, la conclusión parece clara: no existen materias jurídicas y no jurídicas en general, el contenido de las normas (aquello que regulan) no nos informa sobre su naturaleza.

Así que si no podemos identificar el Derecho por aquello que manda, prohíbe o permite, una posible respuesta consiste en atender a cómo lo hace, a la técnica que utiliza o al modo de presentarse sus normas. Lo que viene a sugerirse entonces es que las normas jurídicas, con independencia de lo que regulen, presentan algún rasgo o característica estructural distintiva. Se inicia así una gigantesca empresa dirigida a identificar ese rasgo, tarea en verdad nada fácil, pues, por definición, ha de satisfacer una doble condición para realizar el propósito que persigue: debe ser un rasgo que se encuentre en todas las normas jurídicas, pero sólo en ellas. Los candidatos son varios y, aunque serán examinados en las Lecciones sobre la norma jurídica, conviene siquiera enunciar algunos de ellos: las normas jurídicas son prescripciones negativas o prohibiciones, mientras que las normas morales tienen un carácter positivo o de mandato; las normas jurídicas son heterónomas, mientras que las morales son autónomas; la estructura de la norma jurídica responde a un esquema hipotético o condicional («si X, debes Y»), frente a la naturaleza categórica de las normas morales; el cumplimiento de una norma jurídica aparece siempre garantizado por la coacción, lo que no ocurre en las demás esferas de normatividad, etcétera.

Tampoco este camino ha resultado del todo convincente. Aunque algunos de los criterios mencionados puedan parecer más fecundos que otros, no terminan de satisfacer la condición requerida: o bien resulta que no se hallan presentes en todas las normas que se nos presentan como jurídicas, o bien aparecen en normas que adscribimos a otros órdenes de normatividad. De manera que la teoría del Derecho contemporánea ha ensayado otra estrategia distinta, cuyo punto de partida consiste en renunciar a una definición del Derecho que descansa en el concepto de

norma jurídica aisladamente considerada; la norma puede presentar cualquier estructura o contenido y es imposible encontrar un rasgo común a todas ellas. Con ello, el problema de la juridicidad de la norma parece en principio venir resuelto de una manera sencilla: una norma es jurídica cuando pertenece a un ordenamiento jurídico o, como suele decirse, cuando es válida con arreglo a lo establecido en un sistema jurídico.

Pero se advierte fácilmente que al cerrar este problema hemos abierto otro no menor, que es determinar en qué consiste un ordenamiento jurídico. Antes de intentar una respuesta directa, conviene, no obstante, una pequeña digresión. Acabamos de decir que uno de los posibles rasgos distintivos del Derecho es el carácter sancionador de sus normas, y si lo hemos abandonado, ha sido por dos razones: primero porque, como se verá, no parece que todas las normas jurídicas aparezcan garantizadas por una sanción; y segundo, porque resulta que también existen sanciones en el orden religioso, moral y social. Sin embargo, y aquí está el inicio de la respuesta que pospusimos, parece que las sanciones jurídicas presentan una característica peculiar, que es su vinculación al uso de la fuerza. Veamos cómo pueden operar las sanciones.

El universo de las religiones es muy variado y plural, por lo que no admite un tratamiento unitario. No obstante, si nos fijamos en aquella que nos resulta más familiar y que institucionalmente representa la Iglesia católica, es fácil constatar la existencia de sanciones. Luego volveremos sobre el Derecho canónico entendido como sistema, pero baste decir ahora que la estructura de las normas que componen ese Derecho no difiere sustancialmente —aunque sí presente sus peculiaridades— de las normas de cualquier otro ordenamiento. Por ejemplo, el canon 1364 consagra una típica norma penal: «El apóstata de la fe, el hereje o el cismático incurren en excomunión *latae sententiae*...» y, a su vez, el 1331 define en qué consiste la pena de excomunión. Este tipo de preceptos, como digo, podría formar parte de cualquier Derecho secular de base confesional y son, sin ningún género de dudas, disposiciones sancionadoras. Pero, desde la perspectiva actual, ¿en dónde reside la diferencia? Básicamente, en la desconexión entre la sanción y el uso de la fuerza; son sanciones o penas cuya ejecución no está (hoy) en condiciones de recurrir al uso de la fuerza, dado que forman parte de un sistema normativo que no tiene por objeto la organización de la fuerza.

Tampoco la moral admite un tratamiento unitario. De moral se habla en varios sentidos y sobre esto hemos de volver, pero aquí procede referirse a la llamada moral racional o esclarecida por contraposición a la moral social o mayoritaria, esto es, a aquella que asume un individuo a partir del dictamen de su conciencia autónoma. En otras palabras, nos referimos a una regla de comportamiento que —con independencia de

que coincida o difiera de lo que manda el Estado o piensan los demás miembros de la sociedad— la persona considera como un deber al que ha de ajustar su comportamiento. Por ejemplo, aceptemos que la norma que dice «se deben cumplir las promesas» pertenece a esta esfera de la moralidad. También este género de normas pueden incumplirse y generar una peculiar sanción: si quien incumple lo prometido es un agente moral, como mínimo deberá sentir remordimiento de conciencia o arrepentimiento y seguramente, en la medida en que el comportamiento trascienda, un cierto reproche por parte de la comunidad. Aquí las diferencias son aún más claras que en las sanciones religiosas; las sanciones morales —entendida la moral en los términos expuestos— son internas o de conciencia y, desde luego, nada tienen que ver con el empleo de la fuerza o la coacción.

Por último, a medio camino entre esta moral racional y el Derecho encontramos un amplísimo universo de normas que suele denominarse moral social, costumbres, reglas del trato social, etc. No todas estas normas tienen el mismo carácter; algunas vienen a coincidir en su contenido con reglas jurídicas o con reglas morales en sentido estricto; así, la que prohíbe matar o la que impone cumplir las promesas parece que son normas generalmente aceptadas en nuestras sociedades, con independencia de que además cuenten con el respaldo del Derecho o del dictamen autónomo de numerosos individuos. Otras, en cambio, parecen propias o características de la esfera social; por ejemplo, saludar a un conocido que encontramos en la calle, dar los buenos días al entrar en el aula, observar cierta compostura en la mesa, etc. El incumplimiento de estas normas da lugar asimismo a sanciones o reacciones críticas por parte de la colectividad: el reproche social, la marginación del grupo, etc., medidas que en principio no llevan aparejado el uso de la fuerza.

Reitero que las esferas de normatividad que venimos comentando —en especial la religiosa y la social— no es que no recurran a la fuerza por alguna imposibilidad ontológica relativa al carácter de sus normas; pueden hacerlo y de hecho así ha sido en la historia. Pero no estamos clasificando normas sino sanciones: las sanciones religiosas (excomunión, entredicho), morales (remordimiento de conciencia) y sociales (reacciones críticas en sus múltiples modalidades) que hoy conocemos se caracterizan porque no consisten en el uso de la fuerza, no pueden ser impuestas mediante la coacción física ni, en fin, forman parte de un sistema que regule la fuerza. Éste parece ser un criterio relevante para distinguir dentro del universo de las sanciones y, con ello, del universo de las normas; el incumplimiento de toda regla puede decirse que genera una consecuencia, pero sólo algunas de esas consecuencias están relacionadas con la fuerza. Cabe decir entonces que una sanción es jurídica cuando su

imposición (pagar una multa, ir a la cárcel, satisfacer una indemnización) puede hacerse efectiva mediante el uso de la fuerza; y cabe decir también que el Derecho es un sistema normativo que se caracteriza porque estipula en qué casos y condiciones resulta procedente el uso de la fuerza. Desde luego, pueden ensayarse otras muchas definiciones del Derecho, pero aquí se ha escogido esta bastante sencilla (aunque sin duda requiere varias matizaciones): el Derecho es un sistema de fuerza, un sistema cuya singularidad consiste en poder asegurar el cumplimiento de sus normas mediante la fuerza, precisamente porque él mismo es expresión de una fuerza cuyo uso regula.

Esta es una explicación positivista del Derecho en la que, en realidad, se mezclan distintas perspectivas a propósito de las relaciones entre el Derecho, el poder y la fuerza que conviene aclarar mínimamente. De una parte, en efecto, cabe decir que el poder detentador de la fuerza representa el fundamento del Derecho en el sentido de que sus normas son creadas por quien ostenta el poder, el Estado en el mundo moderno; como dijo Bodino, la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república y consiste en *dar y casar* la ley: producir y anular Derecho constituye así el primer rasgo del poder, de quien pretende monopolizar el uso de la fuerza. He aquí, pues, una visión genética de las relaciones entre Derecho y fuerza: es el poder que detenta la fuerza quien crea el Derecho.

Una segunda perspectiva es la que enfoca las relaciones entre Derecho y fuerza en términos instrumentales: una norma es jurídica no tanto porque haya sido producida por el poder, sino porque cuenta con su respaldo en forma de uso de la fuerza; lo propio de las normas jurídicas, aquello que las distingue de otras normas, es la posibilidad de recurrir a la coacción. Por eso, esta perspectiva puede llamarse coactivista y es, en líneas generales, la que hemos desarrollado en las páginas precedentes en nuestra aproximación a la sanción jurídica.

Finalmente, la perspectiva más depurada es la que inaugura Kelsen y siguen realistas como Olivecrona o Ross, para quienes la fuerza no es el fundamento ni el instrumento del Derecho, sino su *objeto*. El Derecho y sus normas (al menos sus normas genuinas) no es que estén garantizados por la fuerza, es que directamente regulan la fuerza, regulan los supuestos y condiciones en que la fuerza puede ser usada; como dice el autor últimamente citado, el Derecho «es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona [...] es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado». En el fondo, Derecho y fuerza son dos caras de una misma moneda.

Bien entendidas, creo que las tres perspectivas comentadas no son incompatibles, sino complementarias, aunque resulte más clarificadora

la última de ellas. Cabe decir, en efecto, que algunas normas que regulan la vida social necesitan de la fuerza para garantizar su cumplimiento (que esto deba ser así es cuestión distinta), pero dado que la fuerza es un atributo de ese Leviatán que llamamos poder (y en el mundo moderno un monopolio del Estado), resulta que sólo el poder se halla en condiciones de garantizar la efectividad del Derecho y, por tanto, de crearlo, o de respaldar el que puedan crear otros. Y, a su vez, dado que el poder se expresa exclusivamente a través del Derecho, éste se convierte en la forma del poder, en el modo de organizar su fuerza. Por tanto, el Derecho es un sistema normativo que se diferencia de otros sistemas porque sus normas (algunas de sus normas) tienen por objeto la regulación de la fuerza.

2. Derecho y banda de malhechores: analogías y diferencias

Hemos presentado una visión del Derecho premeditadamente descartada a fin de subrayar la importancia de una viejísima objeción, que seguidamente comentamos. Si en resumidas cuentas el Derecho es sólo fuerza, ¿en qué se diferencia una norma jurídica de la orden de un ladrón?, ¿cómo distinguir la poco amable carta de la Inspección de Hacienda reclamando el pago de un impuesto y amenazando por cierto con una sanción, de la orden de un bandido que nos exige «la bolsa o la vida»? ¿cómo distinguir la pena de muerte legalmente ejecutada de un vulgar homicidio o asesinato? Adviértase que, si no introducimos alguna consideración suplementaria a nuestra definición del Derecho en términos de fuerza, las situaciones descritas son del todo análogas: en el primer caso, «haces X o sufrirás la consecuencia Y», «pagas el impuesto o serás sancionado recurriendo incluso al uso de la fuerza», «me entregas el dinero o haré uso de la violencia»; en el segundo caso, el acto de fuerza es idéntico, matar a una persona.

Me parece que para responder a esta objeción se han seguido dos grandes caminos (y, si se quiere, un tercero que pretende ser la convergencia de los anteriores) que pudiéramos llamar el argumento de la *justicia* y el argumento de la *institucionalización*. El primero resulta bien sencillo de exponer y, por lo demás, bastante atractivo: lo que diferencia a la fuerza del Derecho de la fuerza del malhechor es que la primera se pone al servicio de la justicia y la segunda no. Por eso, pudo decir san Agustín que «desterrada la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes piraterías? Y las mismas piraterías ¿qué son sino pequeños reinos?»; y añadir santo Tomás que «por consiguiente, toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza; y si se

aparta un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley». Ciertamente, los iusnaturalistas de todas las épocas, empezando por los citados, han formulado múltiples matizaciones a esta afirmación, de manera que, en general, sólo la ley absoluta y radicalmente injusta se consideraba como corrupción de la ley, como una «no ley». Pero esto no interesa aquí. Lo que interesa es una conclusión fundamental de la posición iusnaturalista comentada: el Derecho es sin duda fuerza, pero fuerza justa; y si deja de ser justa se convierte en un latrocinio. La diferencia entre la norma jurídica y la orden del bandido es, pues, la justicia de la primera.

De la doctrina del Derecho natural nos ocupamos en otra lección, pero baste decir ahora que añadir la justicia a la fuerza, lejos de simplificar, complica aún más la comprensión del Derecho, y ello al menos por dos razones. Primero, porque con carácter preliminar nos obliga a dilucidar qué es la justicia y cómo se alcanza, y ésta es una cuestión sobre la que la historia del pensamiento dista de ofrecer resultados concluyentes; es más, muchos piensan que no existe nada parecido a una justicia objetiva, universal y cognoscible. Y segundo, porque si acordásemos considerar a la justicia como un rasgo esencial del Derecho, tendríamos que buscar otro nombre para las leyes y los sistemas jurídicos inicuos que tanto han proliferado a lo largo de la historia y que siguen proliferando en el presente.

El argumento de la *institucionalización* resulta tal vez menos rotundo, pero más prometedor. Una de las características del Derecho y de la fuerza jurídica es que se hallan institucionalizados. En pocas palabras, esto significa que en todo sistema, junto a las normas que imponen obligaciones o que confieren derechos a los ciudadanos (normas primarias), existe un conjunto más o menos complejo de normas (secundarias) que desempeñan, entre otras, estas funciones: proporcionar criterios para poder identificar las normas primarias pertenecientes al sistema; designar y organizar a los sujetos competentes para producir normas; instituir órganos encargados de aplicar esas normas a situaciones particulares; diseñar procedimientos para hacerlas efectivas, incluso mediante la fuerza, etc. Cabe decir entonces que un sistema jurídico es un sistema en el que, además de normas, hay instituciones como legisladores, jueces, policía, etc., un entramado institucional del que carecería la banda de ladrones.

Más específicamente, en relación con las sanciones y el uso de la fuerza, la institucionalización supone que la fuerza no se aplica de forma espontánea, irregular e indiscriminada, sino que aparecen tasados los casos o situaciones en que procede hacer uso de la fuerza, así como la cantidad y calidad de la fuerza que procede aplicar; y que se determina

también con bastante detalle quién y a través de qué procedimientos puede ordenar y ejecutar el empleo de la fuerza. Con ello, como dice Bobbio, se promueve la certeza, la proporcionalidad y la imparcialidad: sabemos cuándo se aplicará la fuerza, en qué medida y por quién (por un tercero imparcial, el juez).

Nada de esto, en efecto, parece ocurrir con el malhechor que nos amenaza con un «la bolsa o la vida». Por eso, aunque los bandidos ejerzan un poder *de facto* e impongan su «ley» en un cierto territorio, su fuerza será cualitativamente distinta a la del Derecho, no ya por la justicia o ausencia de justicia de sus decisiones, sino por su falta de institucionalización en el sentido señalado. Por otra parte, éste es un criterio que ayuda muy poderosamente para mejor distinguir las sanciones jurídicas de las morales y sociales. Antes, y por motivos expositivos, comenzamos sugiriendo que la diferencia estribaba en el uso de la fuerza, pero seguramente la cuestión puede esclarecerse mejor a la luz de este criterio de la institucionalización.

La esfera moral, tal y como antes fue entendida, no ofrece problema alguno: la sanción moral no sólo se sitúa al margen de la fuerza, sino que además tiene un carácter interno o de conciencia; a diferencia de la sanción jurídica, que es siempre externa. Mayores problemas plantean las sanciones sociales: éstas no sólo se presentan como externas o procedentes del grupo, sino que además en ciertos contextos pueden llegar a ser muy eficaces y consistir incluso en el uso de la fuerza (como sucede con el linchamiento). En este último caso, la única diferencia con la sanción jurídica residiría precisamente en la falta de institucionalización: si no existen aquellas reglas secundarias de las que se habló, no es posible saber con certeza cuándo se empleará la fuerza, ni por quién, ni en qué medida. Así, pues, parece que el rasgo definitorio del Derecho reside no ya en la simple fuerza, sino en su institucionalización.

Sin embargo, el problema que presenta este criterio es que resulta poco concluyente o, mejor dicho, que deja zonas de penumbra en las que resulta dudoso si procede o no hablar de un orden jurídico. Esto sucede tanto con los bandidos como con la esfera de normatividad social. Por lo que se refiere a los primeros, cabe la posibilidad de que alcancen un cierto grado de organización, que se establezcan jerarquías entre unos que mandan y otros que ejecutan lo mandado, que se doten incluso de un rudimentario código de conducta y hasta que designen de entre ellos a algunos encargados de juzgar y reprimir las desviaciones, sin olvidar tampoco el establecimiento de un cierto régimen fiscal; cabe incluso que los malhechores actúen con la disciplina de un ejército o que simplemente sean un ejército. Algunas organizaciones revolucionarias o terroristas (el calificativo depende de quién lo emplee) se encuentran en

una situación como la descrita. Decir que el suyo no es un orden jurídico —cuando a veces puede llegar a ofrecer mayor certeza o seguridad que el que brinda el propio Estado— parece poco realista. Los sistemas que se desarrollan en conflicto o competencia se muestran siempre como excluyentes o negadores de la existencia misma de su contrario (vieja herencia de la idea de soberanía), pero más bien parece que en estos casos coexisten dos sistemas jurídicos. Sea como fuere, carecemos de un criterio claro para decidir a partir de qué grado de institucionalización y de regulación de la fuerza una organización de bandidos se convierte en un sistema jurídico.

Algo semejante sucede cuando tratan de fijarse las fronteras entre la normatividad social y la normatividad jurídica. Todo parece indicar que en las sociedades primitivas se carecía de un modelo medianamente desarrollado de esas normas secundarias que expresan la institucionalización del Derecho: no existían órganos permanentes de producción jurídica, sino que las normas se creaban más bien de forma espontánea y por la propia colectividad (costumbres); tampoco se contaba con órganos que de manera exclusiva aplicasen las normas jurídicas (y la fuerza), sino que esa tarea se encomendaba a árbitros elegidos por las partes, o simplemente se atribuía un derecho de venganza en favor del ofendido o de su familia. En definitiva, eran sistemas no institucionalizados o con una institucionalización rudimentaria. Poco importa que proceda o no calificarlos como órdenes jurídicos. Lo que interesa destacar es que a partir del criterio de la institucionalización no es posible determinar cuándo un sistema primitivo se transforma en un sistema jurídico complejo.

3. Algunas dificultades

Nuestra inicial identificación del Derecho a partir de la peculiar naturaleza que presentan sus sanciones nos condujo a concebir el sistema jurídico en términos de fuerza. Pero, a su vez, la conveniencia de distinguir el Derecho de la fuerza desnuda que puede encarnar la orden del bandido nos ha invitado a introducir un segundo elemento, que es la institucionalización. Cabe entonces proponer la siguiente definición: el Derecho es un sistema normativo que, entre otras cosas, regula el uso de la fuerza mediante el establecimiento de órganos que determinan los supuestos y condiciones en que la misma puede ser empleada, así como otros que deciden la aplicación de las normas a los casos particulares, pudiendo disponer eventualmente la aplicación de medidas coactivas recurriendo a la organización de fuerza que el propio

sistema instituye. (Con algunas modificaciones, ésta es la definición que propuso Nino.)

Asimismo, se ha insistido en la enorme dificultad, o en la imposibilidad, de concebir la génesis de un sistema jurídico en términos de «todo o nada», como un suceso de acto único a partir de una nítida distinción entre situaciones de Derecho y de no Derecho. Tanto si consideramos la cuestión desde una perspectiva evolutiva o de transformación de un sistema primitivo en un sistema jurídico complejo, como si pensamos en un cambio revolucionario por el que una «banda de malhechores» termina por imponer un nuevo orden jurídico, parece cuestión convencional decidir el día y la hora en que «nace» un sistema jurídico. El motivo de tal dificultad es que el conjunto de condiciones que suelen agruparse bajo la etiqueta de la institucionalización presentan un carácter gradual: un sistema puede haber desarrollado alguna especialización en la producción jurídica, pero carecer de órganos de aplicación; o, a la inversa, tener una incipiente organización judicial, pero carecer de una delimitación clara de los sujetos competentes para promulgar normas, etcétera.

Ahora procede dar sucinta noticia de tres dificultades. La dos primera obedecen a una misma comprobación: los juristas denominan Derecho a ciertos sistemas normativos que no parecen poder encuadrarse fácilmente en la definición propuesta; de un lado, el Derecho canónico o de la Iglesia católica se muestra como un sistema institucionalizado hasta la máxima sofisticación, pero carece de fuerza; de otro, el Derecho Internacional Público se muestra, al contrario, como un sistema de máxima fuerza, pero carente de institucionalización. La tercera dificultad tiene que ver con un argumento que antes quedó anunciado, a saber: la posibilidad de construir el concepto de Derecho enlazando los dos caminos o argumentos que ya han sido comentados, el de la justicia y el de la institucionalización. La idea sería, en síntesis, que el Derecho se configura como un sistema de fuerza organizada, pero acompañado necesariamente por una pretensión de justicia o corrección.

Por lo que se refiere al Derecho canónico, desde tiempos remotos se viene discutiendo si, en primer lugar, la Iglesia *debe* tener un Derecho y, en segundo término, si *puede* tenerlo. No nos interesa aquí el primer aspecto, aunque no está de más recordar que entre los cristianos siempre ha existido una corriente «espiritualista» contraria no sólo a la presencia de un Derecho en la Iglesia, sino también muy crítica con la poderosa organización institucional que tradicionalmente ha caracterizado al catolicismo; para ellos la *Ecclesia caritatis* resulta incompatible con la *Ecclesia iuris*. En relación con el segundo aspecto, conviene precisar ante todo que históricamente el Derecho canónico ha sido un Derecho

como cualquier otro en la medida en que la propia organización eclesiástica dispusiera de un aparato de fuerza, o en la medida en que pudiera recurrir a la fuerza del Estado. Este último era el caso del conocido Tribunal de la Inquisición o Santo Oficio, que en España desarrolló su actividad hasta el siglo xix.

Desde luego, hoy las cosas no son así y el Derecho canónico ya no regula ni organiza más «fuerza» que la espiritual. Sin embargo, conviene advertir que éste es un sistema normativo que presenta todos los demás ingredientes caracterizadores de un sistema jurídico y que lo hace además con un alto grado de complejidad y elaboración: dispone de normas primarias o de conducta, de un sistema de penas aplicables como reacción frente al incumplimiento de las anteriores, de órganos centralizados de producción jurídica, de un sistema jurisdiccional semejante al de los Estados, en suma, su institucionalización resulta incuestionable. Lo que sí es cierto es que el Derecho canónico no descansa en ningún aparato de fuerza ni, por tanto, las penas que prevén sus normas pueden ser hechas valer mediante ese procedimiento. La fuerza es aquí sustituida por una presión psicológica o espiritual —que puede ser tan eficaz como la de una pena estatal— cuyo fundamento es la previa aceptación o adhesión del destinatario al sistema normativo de la Iglesia. Para quien la excomunión representa la privación de un bien tan valioso como pueda ser la libertad o la propiedad, no cabe duda de que viene a desempeñar la misma función que es propia de las sanciones o penas para cuya ejecución el Derecho secular recurre a la fuerza. En esto reside, pues, una segunda diferencia: la aceptación de cada súbdito parece constituir un elemento esencial o necesario de la eficacia de la norma y de la sanción canónicas, lo que en verdad no ocurre con las normas y sanciones de los sistemas jurídicos seculares. En cualquier caso, aclarado este punto, el debate sobre la juridicidad del Derecho canónico pierde sus tintes ontologistas y se convierte en una cuestión convencional: no hay inconveniente en seguir hablando de *Derecho* porque efectivamente el canónico presenta numerosos elementos caracterizadores de un sistema jurídico (normas, jueces, legisladores), aunque, eso sí, advirtiendo de esas peculiaridades que ciertamente no son de poca importancia.

Si el problema de la juridicidad del Derecho canónico ha preocupado desde antiguo, no menor ni mucho más reciente es el debate sobre el Derecho Internacional Público. También aquí prescindimos de dar cuenta de las distintas y numerosas teorías formuladas, limitándonos a contrastar las peculiaridades que presenta este sistema normativo desde la perspectiva de la definición del Derecho que se ha propuesto. De entrada, hay que señalar que en las relaciones entre los Estados el empleo de la fuerza representa una constante histórica (la guerra) y que precisa-

mente el Derecho Internacional nació como un intento de regular y limitar el uso de la fuerza; de hecho, es significativo que la obra que para muchos inaugura el Derecho Internacional se titule *De iure belli ac pacis* (Grocio, 1625). De manera que, a diferencia de lo que veíamos en el Derecho canónico, lo que falta aquí no es la fuerza o la violencia; en la conocida tradición hobbesiana más bien sucedía todo lo contrario, que los Estados vivían en una especie de estado de naturaleza y de guerra de todos frente a todos. Por así decirlo, la comunidad de los Estados vendría a ser como una comunidad de malhechores donde reinaría la ley del más fuerte.

En consecuencia, la vinculación con la fuerza que predicábamos como un rasgo cualificador de ciertos sistemas normativos que llamamos jurídicos queda perfectamente satisfecha por el Derecho Internacional. El problema que éste ha presentado históricamente —y que, en parte, sigue presentando— consiste en su muy rudimentaria institucionalización, lo que le aproxima a los sistemas primitivos. Veamos: ha sido típico del Derecho Internacional que sus normas no hayan sido creadas por ningún órgano especializado, sino que deriven de la costumbre y, sobre todo, de los pactos o acuerdos entre los Estados; no existe ningún legislador internacional equiparable a los legisladores nacionales. Asimismo, es característico que las normas de comportamiento así producidas no aparezcan protegidas por un sistema variado y proporcional de sanciones, pues prácticamente éstas se han limitado a un uso de la fuerza no precisado ni en su cantidad ni en su calidad. Y finalmente, sobre todo, el llamado orden internacional ha carecido también de órganos especializados para la aplicación de esas normas y para la eventual adopción de las medidas coactivas; de manera que, al igual que en los sistemas primitivos, ha predominado un modelo de *autotutela*, donde es el propio ofendido quien decide sobre la infracción de la norma y sobre sus consecuencias; esto es, no ha sido posible hablar de una auténtica jurisdicción internacional basada en el modelo de *heterotutela*, que caracteriza a los sistemas jurídicos complejos y evolucionados.

Sin embargo, hay que advertir que el Derecho Internacional Público se encuentra en un proceso de transformación que ya hoy obligaría a revisar o matizar la caracterización que acaba de hacerse. No procede iniciar ahora un análisis pormenorizado, pero hay que decir que, en líneas generales, ese proceso se encamina precisamente hacia la institucionalización: la codificación del Derecho Internacional, el desarrollo de organizaciones internacionales con capacidad normativa, la aparición —costosa, sin duda— de jurisdicciones incluso en la esfera penal, etc., son todos ellos síntomas de que lo que fue en su día un sistema primitivo se aproxima cada día más a un sistema normativo plenamente

jurídico o parangonable con lo que son los Derechos internos que conocemos. En consecuencia, y llamando también la atención sobre sus peculiaridades, no parece existir obstáculo en hablar del Derecho Internacional Público como de un verdadero Derecho.

Las dificultades examinadas nos han obligado a perfilar el concepto de sistema jurídico en relación con otros sistemas normativos cercanos: el sistema de una moral institucionalizada en el caso del Derecho canónico, y el sistema primitivo o no suficientemente evolucionado en el caso del Derecho Internacional. La tercera dificultad que anunciamos tiene que ver con otra distinción entre sistemas normativos, en este caso entre el sistema jurídico y el orden que pueda establecerse por parte de una banda de malhechores. Cabe recordar en este sentido cuanto se dijo sobre el argumento de la justicia y el argumento de la institucionalización, y también nuestra opinión de que en último término no existe una frontera nítida entre el código impuesto por una banda de malhechores bien organizada y un sistema jurídico estatal.

Pues bien, esta tercera dificultad ha merecido últimamente una nueva respuesta que parece gozar de predicamento y que en lo sustancial parece intentar una combinación del argumento (*iusnaturalista*) de la justicia y del argumento (*positivista*) de la institucionalización. Básicamente, la idea es ésta: sin duda, el sistema jurídico representa un sistema de fuerza organizada, pero es también algo más, es un sistema que incorpora una pretensión de justicia o corrección, que precisamente permite diferenciarlo del orden normativo que pueda hacer valer una banda de malhechores. No resulta del todo claro saber en qué consiste dicha pretensión, entre otras cosas porque los distintos autores que la invocan se refieren a cosas no del todo coincidentes. Si hay acuerdo en una cosa: la pretensión de justicia no equivale a la justicia sin más y, por tanto, un sistema jurídico no deja de serlo porque sus normas sean injustas (las muertes y los saqueos de los dominados siguen siendo posibles, dice Alexy; el esclavismo no es incompatible con la pretensión de corrección y, por tanto, con la existencia del Derecho, viene a sostener Soper). Pero entonces, ¿cuál es el contenido de la pretensión de justicia?

Seguramente, se trata de una mezcla de elementos objetivos y de actitudes subjetivas; la pretensión de corrección descansa de entrada en un mínimo entramado institucional que cuente por ejemplo con reglas generales y más o menos seguras, pero parece descansar también en una actitud de sinceridad y buena fe por parte de los gobernantes (Soper), en una especie de convencimiento subjetivo que se expresa públicamente por el legislador y por los demás operadores jurídicos en el sentido de que lo que hacen es correcto. Este enfoque suscita importantes problemas conceptuales acerca de lo que es el Derecho, que no serán aborda-

dos ahora. Con todo, por lo que aquí interesa, la exigencia de una pretensión de corrección parece ser tan modesta que su presencia no puede excluirse en cualquier grupo de malhechores medianamente organizado y que actúe con cierta regularidad; y, desde luego, en modo alguno puede excluirse en las sociedades o agrupaciones terroristas o revolucionarias. Por tanto, la distinción entre el orden normativo de estas últimas y un sistema jurídico estatal sigue resultando una distinción débil e imprecisa, aunque añadamos al elemento institucional la comentada pretensión de justicia o corrección.

4. *La existencia del Derecho*

Hay tres preguntas en torno al Derecho que se hallan íntimamente relacionadas: la primera, qué es el Derecho, ha intentado obtener un principio de respuesta en los epígrafes precedentes. La segunda es la relativa a la identificación de un sistema jurídico: dado que se constata la existencia de una pluralidad de sistemas, es importante poder distinguir entre unos y otros, entre otras razones por una muy poderosa, y es que la validez de una norma se determina no por sus cualidades intrínsecas, sino por su pertenencia a un cierto sistema. Por motivos sistemáticos, de esta cuestión nos ocuparemos en una lección posterior. La tercera pregunta gira en torno a la existencia de un sistema jurídico y, por la brevedad de la respuesta, bien puede formularse ahora.

Partiendo de la definición propuesta del Derecho como sistema normativo que descansa y regula el uso de la fuerza mediante el establecimiento de órganos de producción y aplicación de normas o, más sencillamente, como un sistema de fuerza organizada, el interrogante planteado parece venir resuelto: un sistema existe simplemente cuando es eficaz, cuando logra obtener el respeto hacia sus normas de comportamiento, ya sea gracias a la adhesión de sus destinatarios, ya merced al uso de la fuerza. Ciertamente, aunque esto pueda parecer claro, cabe albergar dudas acerca de la existencia de un concreto sistema jurídico, y ello porque, como veremos, el de eficacia es un concepto gradual: en hipótesis podría pensarse en un sistema absolutamente eficaz cuyas normas fuesen cumplidas siempre por sus destinatarios, unas veces por convencimiento y otras por fuerza, pero en la práctica las cosas no son así y todos los sistemas presentan un cierto grado de incumplimiento o de frustración de sus expectativas. Decidir entonces cuál es el umbral mínimo de eficacia que se requiere para afirmar que un sistema jurídico existe es cuestión que siempre se puede discutir. El nacimiento del Derecho no debe concebirse como un acto único, sino más bien como un proceso.

Lección 2

DERECHO Y SOCIEDAD

1. *El Derecho como fenómeno humano y social*

Es muy frecuente que los Manuales de Teoría o de Introducción al Derecho comiencen sus páginas llamando la atención del —se supone que— inexperto lector sobre la omnipresencia del Derecho en los más insospechados ámbitos de la vida humana, sobre la dimensión jurídica que presentan muchos actos cotidianos. La llamada de atención no es del todo superflua porque por lo general no somos conscientes o pasamos por alto que numerosos comportamientos que realizamos todos los días son en realidad actos jurídicos o con trascendencia para el Derecho: viajar en autobús implica realizar un contrato de transporte, solicitar la matrícula en la Facultad equivale a poner en marcha un procedimiento administrativo, asistir a misa o reunirse con los correligionarios políticos significa ejercer un derecho fundamental, y así sucesivamente. Parece, pues, que «el Derecho, como el aire, está en todas partes» (Nino).

Sin embargo, con esta sencilla constatación no sólo se pretende decir que el Derecho impregna las más variadas y heterogéneas esferas de nuestras sociedades, sino que al mismo tiempo se sugiere también que es un elemento *necesario* a toda posible forma de vida social: «hominum causa omne ius constitutum est», por causa del hombre existe todo Derecho o, si se prefiere, el Derecho constituye una expresión natural del ser humano. «Ubi societas, ibi ius», allí donde hay sociedad, hay Derecho. Son aforismos clásicos mil veces repetidos para sostener, primero, que el Derecho es un fenómeno humano o exclusivamente humano; y segundo, que resulta consustancial a toda sociedad, que no es posible concebir una sociedad sin Derecho.

La afirmación del carácter humano del Derecho puede ser entendida en varios sentidos, no todos igual de obvios e indiscutibles. Así, parece claro que el Derecho es una obra salida de las manos del hombre y no un fenómeno de la naturaleza física, como una piedra, una hortaliza o un accidente geográfico. Pero, a veces, cuando se habla de la humanidad del Derecho lo que pretende sugerirse es que éste resulta «natural», y de hecho hasta el siglo XVII fue muy corriente sostener que el orden jurídico respondía a un apetito natural (de *appetitus societatis* habla todavía Grocio), a una tendencia natural del hombre. Este enfoque reposa en unos presupuestos iusnaturalistas que no todos comparten, pero, incluso aceptando que existan apetitos naturales, muchos discutirían que el Derecho sea uno de ellos. Más bien al contrario, el Derecho puede ser concebido como un *artificio*, una construcción humana de carácter histórico (no natural) que responde a variables intereses y necesidades.

Incluso entendido de esta manera, el carácter humano del Derecho ha sido cuestionado más de lo que pudiera parecer. De entrada, hay quien sostiene que también en el mundo animal, siquiera entre las especies más cercanas al hombre, se registran patrones de comportamiento prejurídicos (Carbonnier), de manera que el Derecho ya no sería *hominum causa*, al menos no exclusivamente. Es más, esta opinión podría apelar a la autoridad de Ulpiano, quien dijo que el Derecho natural era «quod natura omnia animalia docuit», lo que la naturaleza enseña a todos los animales. Pero, sobre todo, al margen de esta tesis que quiere ver en el Derecho una realidad de origen no necesariamente humano, lo que parece bastante claro es que a lo largo de la historia también los animales han sido considerados sujetos de Derecho. En el Antiguo Testamento, por ejemplo, se dice que el buey que mata de una cornada a un hombre o mujer deberá ser matado a pedradas, aunque su amo será absuelto (Éxodo 21, 28); y en la alta Edad Media parece que fue bastante frecuente el proceso y la ejecución de animales, como lo prueba el hecho de que documentos jurídicos posteriores excluyeran de forma reiterada la subjetividad jurídica de los animales. Y, en fin, hoy constituye un planteamiento extendido y fundamentado teóricamente la reivindicación de los derechos de los animales, algo que por cierto encontramos ya entre los krausistas.

En relación con el segundo aspecto, tampoco falta quien ha puesto en duda el carácter social del Derecho, defendiendo una especie de *Robinsonrecht* (Stockhammer); aunque me parece que éstas son posiciones por completo abandonadas. Que la normatividad jurídica nace de la sociedad y se explica por ciertas peculiaridades que presenta la vida del hombre en sociedad es algo generalmente aceptado. Para Russell, por ejemplo, la necesidad de la ética —pero la explicación vale también para

el Derecho— reside en que el hombre es un animal semigregario; si fuese totalmente gregario, como las abejas, todas sus acciones vendrían determinadas por un código genético, y si fuera totalmente individualista o carente de alteridad, su comportamiento nunca entraría en conflicto con el de otras personas; y en ambos casos no sería precisa la existencia de normas.

En una línea semejante Hart llama la atención sobre ciertas condiciones o circunstancias que de hecho caracterizan a la vida del hombre en sociedad y que explicarían la necesidad de contar con algún tipo de normas. Aunque de un modo algo confuso el autor habla de un «contenido mínimo del Derecho natural», en realidad no parece que pretenda decirse que tales condiciones sean naturales o esenciales, ni mucho menos que lo sean determinados contenidos prescriptivos, sino que simplemente las sociedades que conocemos presentan unos rasgos característicos que reclaman o justifican un mínimo normativo que haga viable su propia existencia. Así, la vulnerabilidad de los seres humanos, que los hace susceptibles de sufrir ataques o violencia de otros hombres; su relativa igualdad en fuerza y talento, que hace que ninguna persona por sí sola pueda alcanzar una supremacía que la deje a salvo de toda amenaza; la escasez de recursos para atender a las necesidades, fuente de conflictos que requiere la existencia de algún criterio de distribución, propiedad, etc. En suma, un cierto grado de normatividad parece imprescindible para la supervivencia de las sociedades, al menos tal y como éstas se han mostrado hasta el momento.

Sin embargo, todo ello parece explicar tan sólo que la vida en sociedad no puede concebirse como una mera yuxtaposición espontánea de individuos, sino que responde a ciertas pautas de conducta y organización, en definitiva, que presupone la existencia de normas. Ahora bien, lo que no está dicho es que esas normas hayan de ser necesariamente jurídicas; pueden ser también religiosas, morales o sociales, o más probablemente una mezcla de todo ello. La pregunta acerca de si el Derecho ha formado parte de todas las sociedades históricas carece de una respuesta concluyente, porque en realidad ésta depende no tanto de la información disponible, sino sobre todo de la densidad del concepto de Derecho que utilicemos. Desde luego, si partimos de la imagen actual del orden jurídico como un sistema complejo de normas primarias y secundarias, con un alto grado de desarrollo institucional, con una bastante nítida diferenciación entre creadores y aplicadores del Derecho, etc., parece que la respuesta ha de ser negativa: no es cierto que todos los pueblos, y en particular los pueblos primitivos, hayan conocido algo semejante a lo que hoy calificamos como Derecho. En cambio, si nos conformamos con un concepto algo más elemental o modesto, en el que

lo fundamental sea la mera existencia de algunas normas de conducta respaldadas por la fuerza, tal vez nos resulte mucho más difícil indicar algún grupo social que haya carecido por completo de un cierto orden jurídico, por muy rudimentario que sea.

Cuando en la lección precedente intentamos definir el Derecho en torno a las ideas de fuerza e institucionalización ya advertimos sobre la inconveniencia de concebir la génesis del Derecho como una cuestión de «todo o nada», como un acontecimiento de acto único capaz de separar con todo rigor entre situaciones de Derecho y de no Derecho. Como señala Atienza, esto nos sugiere que la juridicidad es algo graduable y, por tanto, que tampoco es improcedente decir que en algunas sociedades existe «más Derecho» o un Derecho más complejo que en otras: normas de conducta y sanciones coactivas parecen formar parte de toda experiencia social; pero la existencia de fórmulas para resolver conflictos mediante la intervención de un tercero, la presencia de policías y jueces, el establecimiento de una legislatura encargada de crear las normas y tantos otros fenómenos que hoy nos parecen consustanciales a todo orden jurídico, son en realidad elementos accidentales o históricos que no parecen haber existido siempre. Y que podrían dejar de existir.

Esta última afirmación merece un comentario final. Con independencia de que el Derecho haya existido siempre de forma más o menos rudimentaria o compleja, desde algunas direcciones del pensamiento (marxismo, anarquismo) se ha sostenido que el Derecho podría (y deseablemente debería) dejar de ser un elemento indispensable de las sociedades humanas. La idea, brevemente expresada, resulta sencilla: si el Derecho se explica por la escasez de recursos que ha conducido a un régimen de producción desigual e injusto para cuyo mantenimiento se recurre precisamente al gendarme de la coacción jurídica, cabe pensar que, desaparecida la causa, bien podría desaparecer la consecuencia; cabe pensar que con la cancelación de la desigualdad y de la lucha de clases merced al triunfo del comunismo, el Derecho se convertirá en una antigualla inservible destinada al museo de la historia. Es famoso este texto de Marx:

[...] en la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos [...] y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades!

Es cierto que si la tesis de la desaparición del Estado y del Derecho se toma como un pronóstico, o como el anuncio de un resultado ineluctable del progreso histórico, seguramente hoy no existan muchos motivos para

ser tomada en serio. Sin embargo, la utopía del fin del Derecho revela una idea que cuenta con notable tradición y que está en la base de una cierta concepción liberal de las instituciones. Me refiero a la idea (prescriptiva y no ya descriptiva) según la cual el Derecho y su fuerza representan siempre un mal, acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo que conserva siempre un irremediable residuo de ilegitimidad y, por tanto, de necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral, siempre crítica y externa al Derecho positivo. Como señala Ferrajoli, todos los totalitarismos comparten una visión optimista del poder; «por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere quien lo posee...».

En realidad, cabe advertir que tal vez lo malo no reside sólo ni principalmente en el Derecho, sino en las causas que explican o promueven su existencia y que están en la base del conflicto y de la violencia. Pero sea como fuere, esta concepción de las instituciones se halla en el núcleo mismo de una cierta versión de la filosofía contractualista que para muchos conserva toda su virtualidad: el Estado y el Derecho no aparecen aquí como un hecho natural que haya de aceptarse como una especie de designio divino, sino que representan «un fenómeno artificial y convencional», porque «lo que es natural no es el Derecho o el Estado, sino la ausencia de Derecho y el estado de naturaleza» (Ferrajoli). Por consiguiente —y esto es lo importante— el orden jurídico carece de una justificación inmanente; se justifica en la medida (y sólo en la medida) en que resulte necesario para alcanzar ciertos fines que se consideran valiosos, o más valiosos que la ausencia de Derecho. De ahí el lema liberal de que cuanto menos Estado (y menos Derecho), tanto mejor.

En suma, el Derecho, al que hemos concebido como fuerza organizada o como organización de la fuerza, parece explicarse a la luz de ciertas condiciones o características que definen la vida del hombre en sociedad. Sin embargo, esto no significa que el orden jurídico sea algo así como una realidad natural o que cuente con una justificación propia; el Derecho es un artificio que supone y que se basa en el uso de la fuerza y su justificación sólo puede apelar a la necesidad de garantizar ciertos fines valiosos externos al propio Derecho, entre ellos por cierto, en primer lugar, eliminar o mitigar la violencia informal que se desarrolla al margen del Derecho.

2. Las funciones del Derecho

La concepción marxista del Derecho que acabamos de mencionar en el epígrafe anterior constituye una muestra de aproximación funcional al

concepto de Derecho; para el marxismo el Derecho se define básicamente por desempeñar una función de *opresión* de la clase dominante a través de la fuerza estatal; y una función *ideológica* o de encubrimiento de esa misma opresión mediante la proclamación de una igualdad y de unos derechos formales que revisten con apariencia de justicia un sistema de real dominación. Sin embargo, entre los juristas y teóricos del Derecho suele preferirse un análisis estructural que trata de dilucidar el concepto de lo jurídico atendiendo no tanto a la función social de las normas, sino más bien al modo de realizarla. Seguramente, ello obedece al convencimiento de que lo «típico» del Derecho no son los fines o funciones que satisface, que son variables y que además pueden ser realizados por otros sistemas normativos, sino el peculiar carácter o estructura que presentan las técnicas que utiliza.

Tal vez el primer problema que plantea el enfoque funcional es que admite muy distintos niveles de análisis. Así cabe adoptar una óptica muy abstracta y preguntarse por la función del Derecho en general, pensando tal vez en la consecución de ciertos valores como la paz, la seguridad, un cierto modelo de justicia, etc. En realidad, más que de funciones aquí procede hablar de los fines últimos del Derecho, y de ellos algo diremos en una lección posterior. Por eso, por lo común, cuando se alude a las funciones suele pensarse en unas funciones intermedias, es decir, en las técnicas o resortes que utiliza el Derecho para alcanzar esos fines últimos. Pero con ello no termina la necesidad de distinguir, dado que dentro de esas funciones intermedias algunas son más próximas y otras más remotas; en este sentido, suele decirse que una función básica del Derecho consiste en dirigir la conducta de los individuos, pero, a su vez, parece obvio que esa dirección de la conducta se pone al servicio de una finalidad ulterior que trata de ser satisfecha. Un ejemplo: la desorbitada tributación que grava la venta de tabaco pretende apartar a los fumadores de su nefasto vicio (primera función) y con ello mejorar la salud de los ciudadanos (segunda función), disminuir el gasto sanitario (tercera función) y engrosar las arcas públicas para así mejor satisfacer otras necesidades u objetivos (cuarta función). Cabe decir entonces que el Derecho puede ser visto desde una perspectiva funcional como un entramado de fines y medios, de manera que una norma puede desempeñar la función de satisfacer determinado objetivo que por su parte sirve como medio o función de otra finalidad más general.

Lo dicho nos advierte ya de una segunda dificultad, y es que no hay por qué pensar en que una norma o institución desempeña una y solamente una función, sino que puede cumplir varias simultáneamente. Desde esta perspectiva, y haciendo un uso algo libre de ciertas clasificaciones doctrinales, podríamos distinguir entre funciones directas e indi-

rectas, manifiestas y ocultas o latentes. Función directa es aquella que se deduce del contenido prescriptivo de la norma y que el destinatario de la misma puede comprender de un modo directo; así todos entendemos que el precepto penal que castiga el robo pretende evitar una conducta que lesiona el valor de la propiedad y, con ello, el modelo de relaciones sociales. La función indirecta, en cambio, no tiene que ver con el cumplimiento de la norma, sino con los sentimientos y reacciones psicológicas que en la colectividad suscita su mera existencia o aplicación; la función de la norma no reside en los efectos que se deriven de su acatamiento, sino en el símbolo que ella misma representa. Estos efectos indirectos no deben identificarse con efectos no queridos o no previstos por el legislador, sino que, al contrario, a veces el emisor de la norma parece perseguir antes la función indirecta que la directa. Otro ejemplo: la tipificación penal de la convocatoria de *referenda* con motivo de la consulta popular anunciada en el País Vasco tenía una función directa, que era amenazar criminalmente al presidente de esa Comunidad Autónoma y evitar así que llevase a la práctica su iniciativa; pero tenía también una función indirecta mucho más importante, que era mostrar la determinación y fortaleza del Estado y de esta manera incrementar su legitimidad, fortalecer la adhesión y confianza de la población, etcétera.

La idea de funciones manifiestas se aproxima a la de funciones directas: son aquellas consecuencias objetivas que se desprenden claramente de las normas. Las funciones latentes u ocultas podrían definirse como los efectos colaterales o de segundo grado, que tanto pueden ser buscados de propósito por el legislador, como resultar inesperados o no deseables. La famosa «ley seca» que prohibió el consumo de bebidas alcohólicas en Estados Unidos no sé muy bien si se dictó como medida paternalista para proteger la salud de los ciudadanos, o como medida perfeccionista para hacer de ellos individuos honestos y morales (según una cierta visión de lo honesto y moral, claro está), pero en todo caso éstas parecían ser las funciones manifiestas; la función latente fue promover un próspero mercado negro que incrementó los beneficios de la mafia; tampoco sé si este efecto colateral resultó inesperado o, al contrario, premeditado.

La visión de las funciones del Derecho que aquí proponemos y que sigue parcialmente a la formulada por Reh binder, asume como punto de partida que todo orden jurídico pretende garantizar o imponer un determinado modelo de relaciones sociales o, como suele decirse, que es un sistema de control social. Cuál sea ese modelo es algo que en principio ahora no interesa; lo que interesa es el tipo de técnicas o de resortes de los que hace uso el Derecho para alcanzar ese fin genérico de control social. Sin detenernos en el interesante debate acerca de lo que debe entenderse

por función y, más específicamente, por función social del Derecho, nos limitaremos a dar cuenta de la clase de acciones que emplea un orden jurídico a fin de mantener o de alterar el esquema de relaciones sociales.

a) Dirección de la conducta. Ésta parece ser la función más básica o fundamental del Derecho: condicionar u orientar el comportamiento de los individuos de acuerdo con los criterios morales, políticos, de utilidad social o económica, etc., que inspiren el sistema jurídico en cuestión. Lógicamente, de lo que se trata es de evitar o desalentar aquellas conductas que se juzguen nefastas y de incentivar aquellas otras que se consideren positivas o valiosas. A su vez, el Derecho puede operar *a priori* o *a posteriori*, esto es, antes o después de que la conducta se ejecute. En este sentido, cuatro son las técnicas fundamentales: las conductas que pretendan desalentarse *a priori* se previenen y *a posteriori* se reprimen; las conductas que pretenden incentivarse, en cambio, *a priori* se promueven y *a posteriori* se premian. Prevención, promoción, premios y castigos son, pues, las posibilidades con que cuenta un orden jurídico para guiar la conducta de los destinatarios de las normas.

Tradicionalmente la función represiva (las sanciones o castigos) parece haber ocupado un lugar predominante, y ello no sólo desde un punto de vista teórico, dado que se trata quizás del rasgo que mejor permite diferenciar el Derecho de otros sistemas normativos. Su importancia ha sido también práctica por cuanto se ha considerado que la represión era el medio más eficaz para dirigir la conducta, y asimismo sobre todo el más adecuado o acorde con una cierta concepción del Derecho. De modo particular, en el marco del Estado liberal, se partía de la idea de que la sociedad funcionaba y debía seguir funcionando por sí sola, sin interferencias del poder, desempeñando el Derecho el papel de un garante externo que únicamente ha de actuar para corregir los comportamientos desviados; por tanto, siempre *a posteriori*. En otras palabras, para una concepción genuinamente liberal, el Estado y su fuerza no deben imponer ni promover los comportamientos que desde alguna filosofía política se consideren óptimos o mejores, porque esta tarea corresponde a los sujetos particulares, libres e iguales ante la ley; el Derecho entonces es una *ultima ratio* cuya intervención sólo se justifica cuando se lesionan bienes jurídicos fundamentales o, por decirlo así, es el vigilante de las líneas que delimitan el campo de juego, pero no un participante (porque sería siempre un participante privilegiado) que decide cómo ha de desarrollarse el juego.

No cabe duda de que la función represiva sigue resultando fundamental y que representa el nervio central de todo sistema jurídico. Sin embargo, en el marco del Estado contemporáneo, que a veces se llama

Estado social, las otras tres funciones han cobrado una importancia creciente. Y básicamente el motivo es que hoy los poderes públicos no sólo se consideran competentes para identificar y sancionar las conductas intolerables, sino también para definir las mejores o más adecuadas, y ello en las más variadas esferas de la vida social. El Derecho ha dejado de ser un garante externo del libre juego social para participar directamente en el mismo, interviniendo en los procesos económicos de producción y distribución, en la satisfacción de necesidades y expectativas como la cultura, la sanidad, etc. Y si bien en esos ámbitos tampoco se halla ausente el Derecho represivo, la consecución de los comentados objetivos económicos o sociales parece requerir el uso de estas otras técnicas: la prevención de conductas indeseadas que, aunque pudieran ser castigadas *a posteriori*, es mejor, más eficaz o más barato evitar *a priori*; la promoción de prácticas o comportamientos que se juzgan valiosos; el premio o compensación de esas mismas prácticas o comportamientos, etcétera.

b) Resolución de conflictos. Si la dirección de la conducta en su vertiente represiva es asumida de modo preponderante por el Derecho penal o sancionador, la resolución de conflictos representa la función básica del Derecho privado. Con alguna excepción, sobre todo en la esfera del Derecho de familia, el Derecho privado no les dice a los ciudadanos lo que deben o no hacer, sino que más bien establece cauces y garantías para que hagan lo que quieran bajo el amparo del Derecho. Aquí el principio básico es el llamado de la autonomía de la voluntad, que permite (con ciertos límites) a los sujetos particulares la conclusión de los pactos o acuerdos que tengan por conveniente: vender, alquilar, prestar, etc. Lógicamente, estas relaciones jurídicas con frecuencia dan lugar a conflictos a propósito de la interpretación o cumplimiento de las cláusulas del acuerdo o contrato; y si bien esos conflictos pueden ser resueltos autónomamente por las partes mediante un nuevo pacto, a veces ello no es posible y aparecen entonces las normas jurídicas y los tribunales que ponen fin al problema sustituyendo a la voluntad de las partes.

La función de resolución de conflictos, que en otro tiempo fue una competencia casi exclusiva de los tribunales, parece hallarse hoy en proceso de transformación precisamente por el desarrollo de ciertos mecanismos de composición extrajudicial. Algunos son muy antiguos, como el arbitraje, pero han cobrado últimamente una renovada importancia. Frente a la resolución judicial de conflictos, que se denomina heterotutela, son mecanismos de autotutela por cuanto implican algún grado de acuerdo o compromiso entre las partes en conflicto, ya sea para alcanzar una solución de fondo, ya al menos para designar a los terceros que han de adoptarla.

c) *Configuración de las condiciones de vida.* El Derecho siempre ha contribuido a configurar las condiciones de vida de la gente, consagrando o garantizando un cierto tipo de relaciones sociales. Aquí más bien nos referimos a la intervención directa y más intensa de las normas, que también se ha visto incrementada en el Estado social, y que pretende establecer una determinada ordenación de la sociedad y del reparto o distribución de los bienes. Los resortes con que cuenta el orden jurídico para satisfacer esta función son muy variados: prestación directa de bienes o servicios, desde la defensa o seguridad pública a la educación, la sanidad o la vivienda; limitación de la autonomía de la voluntad a fin de garantizar, por ejemplo, condiciones dignas de trabajo; redistribución de los recursos a través de la política fiscal; promoción de ciertos comportamientos o prácticas, etcétera.

d) *Organización del poder social.* Ésta es una función directamente conectada al carácter institucional del Derecho y, por tanto, a la existencia de reglas secundarias. Aunque tendremos oportunidad de profundizar en ello, una de las peculiaridades de todo sistema jurídico medianamente evolucionado es que regula su propia creación, modificación y aplicación. Esto significa que algunas normas asumen la función de designar los sujetos y de diseñar los procedimientos autorizados para crear o modificar las normas vigentes en el sistema; así como también los órganos encargados de aplicar esas normas a los casos particulares (los jueces y los tribunales) a través asimismo de determinados procedimientos. Ésta es una de las funciones básicas del Derecho público y tiene un importante significado político, dado que de esta manera se establece quién manda, cómo manda e incluso también qué puede o debe mandarse. Como se comprende fácilmente, no es lo mismo que las normas secundarias reconozcan el poder normativo a un monarca absoluto, a un jefe carismático o a una asamblea representativa.

e) *Legitimación del poder social.* La legitimidad es la razón o título en cuya virtud el poder recaba el sometimiento y adhesión de los súbditos; un poder goza de legitimidad cuando es aceptado o se considera justificado por quienes son destinatarios de sus decisiones. El Derecho desempeña también una importante función legitimadora que busca la identificación de los individuos con el sistema de valores en que descansa el poder y su orden jurídico. Naturalmente, las técnicas que utiliza son históricamente variables, pero en el mundo moderno tal vez la fundamental reside en el procedimiento democrático, que permite presentar las normas y decisiones del poder como si fuesen obra de todos y cada uno de los sujetos participantes. Que esto sea cierto o pura ideología es cuestión debatida, pero

lo que parece indudable es que el Derecho es un eficaz sistema de legitimación.

De cuantas funciones se han mencionado, la de dirección de la conducta tiene un carácter prioritario o, si se quiere, presenta un mayor grado de generalidad. Por ello, se halla presente en las otras cuatro: para regular los conflictos, configurar las condiciones de vida, organizar o legitimar el poder social el Derecho se sirve básicamente (aunque no sólo) de normas de comportamiento. Cabe decir, por tanto, que ésa es la función fundamental del Derecho: dirigir la conducta de los individuos a fin de conseguir o evitar que se produzcan determinados resultados.

3. *Derecho y poder*

Fuerza, legisladores, jueces, policía, etc. Éstos son algunos de los elementos que hemos utilizado en nuestra aproximación al concepto de Derecho. Lo que significa que existe una íntima relación entre el Derecho y el poder, entendiendo por poder aquel que en toda sociedad está en condiciones de ejercer la coacción o fuerza física y que, en el mundo moderno, tiende a ser un monopolio de lo que llamamos Estado. Tan sólo se pretende ahora llamar la atención sobre dos dimensiones complementarias, a saber: cómo el poder influye sobre el Derecho, y cómo el Derecho influye sobre el poder.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la respuesta depende muy directamente del concepto de Derecho que utilicemos, pero también del contexto histórico y, en concreto, del modo de distribución y ejercicio del poder. Si se afirma —como aquí se ha hecho— que una peculiaridad de las normas jurídicas es que pueden acompañarse de la fuerza coactiva, y se recuerda que ésta representa el atributo esencial del poder, fácil es concluir que el poder constituye la única o, al menos, la suprema fuente del Derecho; y ello por la simple razón de que sólo el poder está en condiciones de respaldar su voluntad con el uso o la amenaza de la fuerza organizada.

Ésta es la que pudiéramos llamar visión positivista, que cuenta con una dilatada tradición. Ya en Roma se encuentran afirmaciones que revelan esta dependencia del Derecho respecto del poder, tanto en clave democrática («lex est quod populus iubet atque constituit», Gayo) como imperial o absolutista («quod principi placuit legis habet vigorem», Ulpiano). Pero, sobre todo, será en el periodo de formación y fortalecimiento del Estado moderno cuando se formule de modo más rotundo esta concepción del Derecho que hace de todo lo jurídico una expresión directa del poder. El Estado es la forma de organización política unitaria y

centralizada que pretende ejercer el monopolio de la violencia en un cierto territorio, con carácter exclusivo y excluyente; su atributo esencial es la soberanía, que —recordemos— es «el poder absoluto y perpetuo de una república que consiste en dar y casar la ley» (Bodino), y en ella se condensa ese vínculo inseparable entre poder y Derecho. En Hobbes, el gran teórico de la monarquía absoluta, la idea se expresa con toda claridad: el tránsito del «estado de naturaleza» al «estado civil» no es otra cosa que el paso del reino de la fuerza al imperio de la ley, esto es, cuando nace el Estado, nace el Derecho. Aquí queda plasmada la concepción *estatalista* del Derecho que luego recogerá el positivismo del siglo XIX.

Sin embargo, hay que advertir que no siempre se han visto las cosas así. De entrada, el iusnaturalismo no niega el papel del poder y de las instituciones, pero siempre ha rehusado ver en el Derecho una obra exclusivamente estatal. Asimismo, ocurre que en ciertos periodos históricos no es que no haya existido poder y fuerza, pero se ha carecido de formas estatales y centralizadas y con ello ha sido más difícil percibir la comentada relación entre Derecho y poder. La Edad Media constituye el ejemplo paradigmático de ambas cosas, de la hegemonía cultural del iusnaturalismo y de la desintegración del poder; y ambas explican que si hay una idea extraña al mundo medieval ésa es el estatismo. En primer lugar, el Derecho no se concibe como obra de un legislador personal, sino más bien como un aspecto más de la vida colectiva, es decir, como una costumbre popular que se decanta a lo largo de la historia. Y, en segundo lugar, la fuerza obligatoria del Derecho sólo de una manera relativa reside en la autoridad del príncipe, porque en el fondo esa fuerza deriva del propio Derecho natural y, por tanto, queda condicionada a su conformidad con el mismo.

Pues bien, es interesante constatar que en la actualidad se dan las condiciones para un cierto regreso a la Edad Media y, por tanto, para abandonar el estatismo predominante desde hace siglos. Hemos de volver varias veces sobre este asunto, pero baste mencionar algunos fenómenos: el constitucionalismo, que viene a desempeñar en cierto modo la función del viejo Derecho natural; la difuminación del poder, que ya no está concentrado en la persona Estado, sino que se comparte con otras formas políticas (pensemos en la Unión Europea o en las Comunidades Autónomas), lo que daña la unicidad y exclusividad que siempre pretendió el Derecho estatal; la revitalización de ciertas fuentes sociales del Derecho, el fenómeno llamado de la desregulación, etc. Lógicamente, todo ello no desmiente la relación entre el Derecho y el poder y su fuerza —que es cuestión conceptual— sino que pone de relieve una cuestión empírica, que es la crisis del Estado tal y como fue concebido por el positivismo, esto es, como monopolizador absoluto de la fuerza y del Derecho.

El Derecho depende del poder, pero hemos dicho que también el poder depende del Derecho. En la medida en que éste regula el uso de la fuerza, designa los órganos que pueden decidirla y aplicarla y diseña los procedimientos para ello, bien puede decirse que todo poder es un poder jurídico y, por tanto, en alguna medida, limitado por normas. Sin embargo, aquí es necesario distinguir muchos grados e intensidades en el control que el Derecho puede desarrollar sobre el ejercicio del poder: desde el régimen definido por el «*princeps legibus solutus est*», que suponía que el soberano no estaba sometido ni a su propio Derecho porque su mudable voluntad tenía valor de ley, hasta el actual modelo de Estado constitucional, que no concibe poderes ilimitados, hay una amplia gama de posibilidades.

Así, pues, como tanto ha subrayado Elías Díaz, si en sentido amplio (e impropio) todo Estado es un Estado de Derecho, porque todo Estado se expresa y regula a través de normas jurídicas, en sentido estricto este nombre debe reservarse para designar una concreta forma de organización política caracterizada por el especial sometimiento de Estado al Derecho, y cuyos rasgos más sobresalientes son éstos:

(a) El imperio de la ley, entendiendo por ley no cualquier norma jurídica, sino aquella creada por un órgano representativo y dotada además de un carácter general y abstracto.

(b) La separación de poderes, que se traduce principalmente en una limitación del poder ejecutivo y que comprende dos subprincipios: el de legalidad, que significa que toda la actividad de los poderes públicos ha de contar con el respaldo de la ley; y el de independencia judicial, que supone que la aplicación del Derecho se encomienda a sujetos y órganos independientes, inamovibles y predeterminados por la ley, lo que es garantía de su imparcialidad.

(c) Garantía de ciertos derechos fundamentales. Si bien el catálogo de los mismos depende de cada sistema jurídico, el Estado de Derecho comprende, como mínimo, los derechos civiles (libertad de conciencia, de expresión, de reunión, garantías penales y procesales, etc.) y políticos (asociación y participación política).

Ahora bien, el modelo de Estado de Derecho europeo que acabamos de dibujar con trazos más bien gruesos, ha conocido una importante evolución desde mediados del siglo XX, por lo que a las anteriores características pueden sumarse estas dos:

(a) La existencia de Constituciones rígidas y con un denso contenido normativo, lo que supone que el poder que aparece sometido al Derecho no es sólo el ejecutivo, sino también el legislativo; y consecuentemente que el control judicial ya no se circunscribe a los actos o normas de la Administración, sino que se extiende a la propia ley.

b) La ampliación del catálogo de derechos fundamentales, que comprende hoy no sólo derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales, aunque su protección suele ser más deficiente.

En resumen, cabe decir que Derecho y poder se condicionan recíprocamente. Si el Derecho se tiñe de fuerza en la medida en que se vincula al poder y a su forma política moderna, que es el Estado, éste, a su vez, se juridifica y en esa medida hace más civilizado el uso de la fuerza. La fórmula del Estado constitucional representa históricamente la expresión más rigurosa y mejor perfilada del ideal nunca del todo alcanzable de un poder plenamente sometido al imperio del Derecho.

Lección 3

EL LENGUAJE DEL DERECHO

1. El lenguaje prescriptivo

Resulta una afirmación casi pacífica que el Derecho es lenguaje (aunque pueda ser también otras cosas), que las normas jurídicas existen y sólo pueden ser expresadas a través del lenguaje, a través de un conjunto de símbolos o palabras ordenadas según determinadas reglas gramaticales que llamamos oraciones (escritas o verbales) mediante las que se expresan o transmiten ciertos contenidos significativos. Pero existe acuerdo también en que, como parece obvio, no todo lenguaje es un lenguaje normativo dirigido a regular el comportamiento de las personas; el lenguaje sirve para muchas cosas: para transmitir información sobre el mundo, expresar emociones o estados de ánimo, preguntar, censurar, elogiar, exhortar, etcétera.

En este sentido, es corriente distinguir las siguientes cuatro funciones primarias del lenguaje. Función descriptiva: tiene por objeto transmitir información, describir un estado de cosas, comunicar algún aspecto del saber, en suma, «dar a conocer». Como se comprenderá, éste es el lenguaje propio del científico y, según parece, debería ser también el lenguaje básico de los medios de comunicación; «los pájaros vuelan» es una oración que desempeña una función descriptiva y que, por cierto, puede ser verdadera o falsa. Función directiva o prescriptiva: en ocasiones, con el lenguaje no pretendemos dar cuenta de alguna realidad, sino influir de uno u otro modo en el comportamiento de los demás; hablamos así de función directiva o prescriptiva para referirnos a las órdenes y prohibiciones, pero también a los ruegos, peticiones, consejos, etc. Naturalmente, que tengamos éxito en el propósito de que los demás

adopten la conducta en cuestión es algo que depende de factores contingentes, como la autoridad que tengamos sobre el destinatario, la existencia de premios y castigos, etc. Pero del mismo modo que una proposición descriptiva puede ser verdadera o falsa, cuando el lenguaje se usa en función directiva lo que puede acontecer es que la orden o súplica sea eficaz o ineficaz, seguida o no seguida; el habitual ruego profesoral de «guarden silencio» no puede calificarse como verdadero o falso, sino como eficaz o (más frecuentemente) como ineficaz. *Función expresiva:* el lenguaje sirve también para expresar sentimientos o suscitar emociones; a veces, el lenguaje expresivo puede servir de descripciones o puede pretender también influir en la conducta de otras personas, pero lo característico del mismo es apelar a las emociones o provocar en el destinatario un cierto estado de ánimo; piénsese, por ejemplo, en el lenguaje poético, en el teatral, etc. *Función operativa:* fue J. L. Austin quien llamó la atención sobre las llamadas «expresiones realizativas», aquellas que por sí mismas operan una transformación de la realidad, que permiten «hacer cosas con palabras»; por ejemplo, cuando un cura dice «yo te bautizo» no está informando de nada, ni pretende obtener ningún comportamiento de nadie, sino que está haciendo algo, concretamente bautizar, cumplir un sacramento de la Iglesia. Este uso del lenguaje es típico de actos formales muy habituales en el mundo del Derecho.

Las normas pertenecen al género del llamado *lenguaje prescriptivo*, y para comprender sus peculiaridades y, sobre todo, sus diferencias con el *lenguaje descriptivo*, *asertivo* o *informativo* conviene atender a una distinción también usual en el estudio del lenguaje; distinción que da lugar a tres niveles de análisis y también a tres posibles concepciones sobre las normas:

a) *Nivel sintáctico* o relativo a la forma y ordenación de las palabras que componen una oración. El lenguaje descriptivo se asocia a la forma *indicativa*, mientras que el lenguaje prescriptivo tiende a expresarse en forma *deóntica* o mediante enunciados de deber, obligación, permiso, etc. «Hoy hemos tenido clase de teoría del Derecho» recoge una afirmación en forma *indicativa*. «Prohibido matar» o «debes pagar las deudas» son, en cambio, expresiones *deónticas* que no describen, sino que prescriben un comportamiento práctico.

Las normas del Derecho suelen adoptar una forma *deóntica*; por ejemplo, el artículo 26 CE dice que «se prohíben los Tribunales de Honor...». Sin embargo, nada impide que el lenguaje de las normas adopte una forma *sintáctica* diferente, por ejemplo *indicativa*; muy cerca del precepto constitucional que acabamos de citar, el artículo 27.4 afirma que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita», con lo que natural-

mente no pretende informarse acerca de cómo es de hecho la educación en España, sino prescribir cómo debe ser. Del mismo modo, un lenguaje que pretenda ser *descriptivo* puede presentarse *sintácticamente* en forma *deóntica*; así, cuando el profesor de Derecho tributario explica que determinados sujetos «vienen obligados» a pagar un impuesto, tan sólo quiere informar de la existencia de una *prescripción*, pero no imponerla.

Todo ello significa que no es posible trazar una perfecta correspondencia entre el uso del lenguaje y su *presentación sintáctica*. Dicho de otro modo, las normas, aunque pretendan expresar órdenes y prohibiciones, no tienen por qué adoptar una forma *sintáctica* determinada.

b) *Nivel semántico* o relativo al significado de los símbolos lingüísticos. Por lo que aquí interesa, las palabras pueden tener un significado *asertivo* o *informativo*, o un significado *prescriptivo*. Las proposiciones *descriptivas* constituyen el sentido de enunciados *informativos* y se caracterizan porque de ellas cabe predicar su verdad o falsedad. Las normas o *prescripciones* constituyen el sentido de enunciados *prescriptivos* y no son ni verdaderas ni falsas. Cabe decir que las proposiciones presentan un carácter *teórico*, mientras que las normas tienen un carácter *práctico*.

Conviene indicar que proposiciones *descriptivas* y normas pueden presentar un mismo referente *semántico*, es decir, pueden hablar acerca de las mismas cosas. Es el significado lo que cambia; así, se puede afirmar que los sujetos que cometen ciertas acciones (delitos) *son* castigados, o se puede prescribir que *deben ser* castigados; los sujetos, las acciones y las consecuencias son las mismas. Pero el significado lingüístico es diferente: afirmar que *son* castigados tiene un significado *descriptivo*; afirmar que *deben serlo* lo tiene *prescriptivo*. Sin embargo, esto supone que también las normas exhiben una *dimensión descriptiva* en el sentido de un referente *semántico*.

c) *Nivel pragmático* o relativo a la intención o propósito con el que se usan las palabras. Lo característico del lenguaje *prescriptivo* es que, al margen de la formulación de los enunciados, con él se pretende influir o condicionar la conducta de sus destinatarios. Una concepción *pragmática* del lenguaje no atiende tanto a los significados, sino más bien a lo que pretende o logra quien lo utiliza; lo decisivo es el tipo de acción realizada mediante la formulación del enunciado, en este caso *prescribir*. Por ejemplo, si el profesor se dirige a un alumno en estos términos: «¿quiere usted cerrar la puerta?», nadie interpreta que está formulando una pregunta —aunque literalmente ése parezca ser su significado— sino una orden, un ruego, una petición, etc. Es lo que a veces se llama la *fuerza*

del lenguaje, que no tiene que ver con lo que decimos, sino con lo que queremos hacer con lo que decimos.

Así, pues, el lenguaje de las normas constituye un discurso prescriptivo, un discurso que no pretende informar de cómo es el mundo, ni formular descripciones teóricas susceptibles de verdad o falsedad, sino condicionar la conducta de los destinatarios mediante la formulación de obligaciones y prohibiciones; expresiones estas últimas que, pese a que parecen tener un sentido contrapuesto, pueden reducirse a unidad o considerarse sinónimas, pues, como ha observado Capella, resulta indiferente decir «obligatorio hacer...» que «prohibido omitir...»; es decir, un mandato puede tener por objeto una acción, y entonces hablamos de obligación, pero también una omisión, y entonces se denomina prohibición. Podemos llamar imperativos o prescripciones en sentido estricto tanto a las normas que imponen obligaciones como a las que establecen prohibiciones. Sólo las prescripciones —no las descripciones— resultan susceptibles de ser obedecidas o violadas. Ésta es una característica esencial del Derecho: puede ser obedecido o desobedecido, y esto responde precisamente a su carácter prescriptivo.

Ahora bien, conviene llamar la atención sobre tres problemas. El primero es que no parece que el lenguaje prescriptivo que pretende dirigir la conducta de las personas adopte siempre la forma de mandato o prohibición que acabamos de comentar; como ya se dijo, también los consejos y las súplicas o peticiones parecen tener un fin análogo. En segundo lugar, es notorio que muchos enunciados del discurso legislativo no mandan ni prohíben nada, sino que más bien autorizan o permiten realizar o no realizar determinada conducta. Y por último, ocurre también que algunas entidades que llamamos normas no hacen ninguna de estas tres cosas: ni ordenan, ni prohíben, ni permiten. Estos dos últimos problemas serán examinados en los epígrafes siguientes.

Por lo que se refiere a las prescripciones que pudiéramos calificar como débiles, procede diferenciar entre los consejos y las peticiones. Son varios los criterios que se han propuesto para distinguir un consejo o recomendación de una norma imperativa, pero, como señala Bobbio, tal vez el decisivo tiene que ver con la conducta del destinatario: el consejo presenta un carácter facultativo, de modo que el destinatario es libre de seguirlo o no; en cambio, el mandato genera una obligación cuyo cumplimiento no deja indiferente al emisor de la norma, que por lo común trata de asegurarlo mediante la previsión de alguna consecuencia negativa para el caso de incumplimiento (la sanción). Por cierto, los consejos no están por completo ausentes del mundo del Derecho y algunos órganos, llamados consultivos, emiten dictámenes no vinculantes que pueden asimilarse a una recomendación o consejo. Algo pareci-

do puede decirse de las súplicas o peticiones: tratan de provocar una cierta conducta en el destinatario, pero no generan para él una auténtica obligación.

2. Las normas permisivas

La idea de permiso o facultad puede ser entendida de dos formas distintas. Por permitido podemos entender, en primer lugar, todo aquello que no está prohibido ni ordenado, pero que tampoco es objeto de ninguna norma específica que establezca su expresa autorización. Si tuviéramos la paciencia de catalogar exhaustivamente todas las prescripciones de un sistema jurídico, podríamos obtener *a sensu contrario* un amplísimo catálogo de acciones permitidas en el sentido de no reguladas. Cuál sea la suerte jurídica de estas acciones no reguladas, esto es, si en definitiva están permitidas o no, es cuestión importante que será estudiada en otro lugar. Aquí nos interesa un segundo sentido de permitido constituido por aquellas conductas que se encuentran expresamente permitidas por una norma jurídica, lo que desde von Wright se suele denominar permiso en sentido fuerte. Los derechos fundamentales, por ejemplo, se presentan muchas veces de esta forma: «se garantiza la libertad ideológica...» (art. 16.1 CE), «se reconoce el derecho de asociación» (art. 22), lo que puede traducirse como «está permitido comportarse de acuerdo con nuestras convicciones ideológicas o religiosas», «está permitido asociarse». ¿Desmienten estos enunciados el carácter prescriptivo de las normas?

A primera vista, parece existir una diferencia importante con las prescripciones, que se refiere al criterio de valoración de la conducta que constituye el contenido de la norma. Se ha señalado que una prescripción —un mandato o una prohibición— no puede resultar verdadera ni falsa, sino que puede ser obedecida o desobedecida; así, tiene pleno sentido decir que el sujeto (el destinatario de la norma) desobedeció aquello que tenía la obligación de hacer, o que violó la prohibición haciendo aquello que no debía, y en este sentido se afirma también que la norma ha resultado más o menos eficaz, según su grado de cumplimiento. Sin embargo, esto no parece ocurrir con los permisos: si una norma establece que «está permitido fumar» y de hecho nadie fuma —por ejemplo, porque el cartel se halla expuesto en una muy tolerante sociedad antitabaco—, sería un poco extraño sostener que la norma ha sido incumplida y debe reputarse ineficaz; como, asimismo a la inversa, si todos los destinatarios del permiso son fumadores irredentos y hacen uso habitual del permiso, tampoco suena muy bien decir que la norma es generalmente obedecida.

Nos hallamos, pues, ante una cierta paradoja: la autoridad dicta normas permisivas que no pueden ser cumplidas o incumplidas y que, por tanto, no pueden regular la conducta de sus destinatarios. Pero entonces ¿para qué dictar normas permisivas?; si no regulan la conducta, es difícil concebirlas como prescripciones y, si no son prescripciones, ¿qué sentido tienen dentro del Derecho? El problema ha sido enfocado desde distintas perspectivas, tanto por la doctrina jurídica como sobre todo por la lógica deóntica y no es momento de exponer las diferentes respuestas y de enumerar sus dificultades. No obstante, la opinión mayoritaria se inclina por reconducir los permisos al mundo de las prescripciones en sentido estricto, es decir, por concebir el lenguaje permisivo en términos parasitarios o dependientes respecto del lenguaje de los mandatos y prohibiciones. Las normas permisivas serían así un modo indirecto de referirse a prescripciones en sentido estricto:

[...] no conozco ninguna regla jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de una prohibición (Ross).

Si esto fuera cierto, los permisos carecerían de autonomía, pues no serían más que una forma indirecta de expresar prescripciones y, por eso mismo, su existencia no representaría ningún desafío a nuestra consideración del Derecho como un lenguaje prescriptivo.

Siguiendo a von Wright, podemos distinguir tres modalidades distintas de permisos: permiso como tolerancia, que manifiesta sencillamente un compromiso por parte de la autoridad que dicta la norma de no interferir en la realización de la conducta permitida, de tolerarla en definitiva; permiso como derecho, que supone que a la mera tolerancia se suma una prohibición de obstaculizar o impedir la ejecución de dicha conducta; y permiso como habilitación, que implica algo más, concretamente la combinación del permiso con un mandato dirigido a otras personas a fin de que hagan posible o faciliten el acto permitido.

Las dos últimas modalidades no parecen suscitar especiales problemas porque de un modo claro ambas son reconducibles o dependientes de prohibiciones (permiso como derecho) o mandatos (permiso como habilitación). Cabe decir que se trata de un giro lingüístico a fin de dar cuenta de determinadas prescripciones de una forma más cómoda o resumida. Por ejemplo, «los españoles tienen derecho a [...] circular por el territorio nacional» (art. 19.1 CE) es equivalente a decir que para los españoles «está permitido» circular por el territorio nacional; y esto, a su vez, es lo mismo que afirmar que «está prohibido» imponer trabas o restricciones a la libertad de movimientos. Otro ejemplo, esta vez de

permiso como habilitación: «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales» (art. 24.1 CE) es un modo de decir que sobre los jueces y tribunales pesa la obligación de satisfacer las demandas o solicitudes de todos, o de cualquiera, siempre naturalmente que concurren ciertas circunstancias.

Algún problema mayor suscita la primera modalidad, la del permiso como mera tolerancia que por cierto, y conviene subrayarlo, está presente en todos los permisos; es decir, un permiso como derecho es un permiso como tolerancia al que se añade una prohibición, y un permiso como habilitación es un permiso como derecho al que se añade un mandato u obligación (Atienza y Ruiz Manero). El permiso como tolerancia es, pues, el permiso primitivo o, mejor dicho, el rasgo primitivo que está presente en todo permiso; y suele interpretarse como una promesa o autocompromiso por parte de la autoridad normativa: «cuando la autoridad permite un comportamiento se compromete u obliga a no interferirse en tal comportamiento [...] Lo prescrito no es el comportamiento que aparece descrito como contenido de la norma permisiva, sino la interferencia de la autoridad en tal comportamiento» (Capella).

Que el fundamento del permiso sea una promesa de no interferencia puede causar alguna perplejidad, pues, más allá del *compromiso moral*, es necesario un marco de garantías jurídicas que asegure el cumplimiento de la promesa o autocompromiso. No es un problema que proceda analizar aquí, aunque creo que la respuesta habría de ser algo diferente en un sistema jurídico simple o primitivo y en un sistema evolucionado o complejo como es el nuestro. Ciertamente, en el primer caso si un legislador absoluto y unipersonal establece un permiso no existe garantía alguna no ya de que no pueda revocarlo mediante una norma posterior de carácter imperativo, sino ni siquiera de que haya de respetarlo en cada caso concreto (derogación singular); el autocompromiso tendría por ello un carácter más bien moral. Pero en los sistemas algo más evolucionados, donde concurren una pluralidad de legisladores (en sentido lato) y existe una bastante neta diferenciación entre creadores y aplicadores del Derecho, la idea de la «promesa» adquiere mayor fuerza. Volviendo a nuestro ejemplo de los derechos constitucionales, las normas permisivas que de ellos puedan obtenerse son sólo una promesa para el legislador constituyente —sujeto mítico que para algunos es una martingala, pero que desempeña una función esencial para explicar la limitación del poder, como se verá—, pero generan auténticas obligaciones para todos los demás poderes públicos, estos sí, plenamente reales. Del mismo modo, una norma permisiva de origen legal puede que no vincule a un legislador posterior, pero sí impone límites y deberes a la acción del Gobierno o de los jueces sometidos a la ley.

Por otra parte, desde la perspectiva de los sujetos titulares de los permisos, éstos vienen a proteger o blindar una posición jurídica que de otro modo resultaría simplemente «no prohibida» o «no ordenada». Aunque no nos ocupemos aquí de los permisos en la acepción débil, cabe decir que una conducta que no es contemplada por el Derecho está permitida sólo en el sentido de que la misma no será sancionada. Una norma permisiva que tenga por objeto esa conducta lo que viene es a revocar un mandato previo, o a impedir que éste pueda ser dictado. Como dice Ross, «las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación». Por tanto, no sólo no sancionar, sino imponer barreras y excepciones a la posible existencia o emisión de normas imperativas.

3. Las reglas constitutivas

El universo de las normas jurídicas presenta ingredientes variados y heterogéneos. Hasta aquí hemos hablado de normas que mandan, prohíben o permiten. Pero no todas las «normas» que dicta el legislador hacen tales cosas. Algunas parecen definir una institución, como por ejemplo el artículo 1.605 del Código civil: «es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio»; o también el artículo 667 del mismo Código: «el acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ello se llama testamento». Otras confieren un cierto estatus, como el artículo 12 CE, que declara que «los españoles son mayores de edad a los 18 años». Este tipo de normas a veces se asemeja a las reglas de un juego: si decido mover caprichosamente las figuras del ajedrez, en puridad no estoy vulnerando ninguna norma, sino que más bien estoy inventando un juego distinto al ajedrez; si deseo constituir un censo enfiteútico o hacer testamento, pero no cumpla las condiciones indicadas por el Código civil, tampoco violo ninguna norma, sino que sencillamente fracaso en mi propósito y, en su caso, daré vida a una institución distinta. Este género de normas suele agruparse bajo el nombre de normas o reglas constitutivas.

De acuerdo con Searle, la diferencia entre normas regulativas o prescriptivas y normas constitutivas reside fundamentalmente en su distinta relación con los hechos regulados. Las normas prescriptivas regulan, por así decirlo, hechos «naturales» que presentan una existencia previa e independiente de la norma en sí: reunirse, circular por el territorio, matar o lesionar, etc. Las normas constitutivas, en cambio, se refieren a

hechos institucionales que sólo adquieren sentido a la luz de las propias reglas del Derecho, hechos que no tienen una existencia previa o separada de las propias normas. Hacer testamento o contraer matrimonio son actos complejos y reglamentados de forma pormenorizada que únicamente se comprenden a la luz de la institución sucesoria o matrimonial; por supuesto que dos personas pueden adoptar la decisión de convivir *more uxorio*, «como si» fuesen matrimonio, pero el orden jurídico sólo reconoce como matrimonio y, con ello, atribuye ciertos derechos y obligaciones a quienes realizan determinados actos o ritos que «constituyen» la institución matrimonial. (Prescindamos ahora de comentar la posible aplicación analógica de alguna normativa matrimonial a las parejas de hecho. Éste es otro problema.)

Las reglas constitutivas presentan así una estructura distinta a las normas prescriptivas. Estas últimas responden al esquema de «debes hacer (o no hacer) X» o «si es Y, debe hacerse X». La formulación de una norma constitutiva sería más bien «X cuenta como Y» o «X tiene el valor de Y»; por ejemplo, en el Derecho español cabe decir que el artículo 12 CE significa que «haber cumplido 18 años cuenta o tiene el valor de la mayoría de edad», y sirve fundamentalmente para determinar qué sujetos tienen los derechos y las obligaciones que otras normas (regulativas) atribuyan a los mayores de edad. En ocasiones, las reglas constitutivas son traducibles en términos de reglas técnicas, que son aquellas que vinculan la consecución de un fin al empleo de ciertos medios: «si quieres calentar el agua, debes ponerla en el fuego», «si quieres constituir un censo enfiteútico, debes...», «si quieres contraer matrimonio, debes...».

En realidad, de los ejemplos comentados se deduce que bajo el epígrafe general de reglas constitutivas —por oposición a regulativas— se incluyen normas que parecen ser diferentes. En este sentido, Atienza y Ruiz Manero han propuesto distinguir entre definiciones, normas constitutivas en sentido estricto y reglas que confieren poderes. Las definiciones regulan (si se puede decir así) el uso de las palabras, indicando el significado de las expresiones; por ejemplo, se llama heredero a quien sucede a título universal, y se llama legatario a quien lo hace a título particular (art. 660 del Código civil). Las normas puramente constitutivas, por su parte, serían aquellas que correlacionan ciertos hechos o estados de cosas con un resultado normativo o institucional; así, «el nacimiento determina la personalidad» (art. 29 del Código civil) o cumplir 18 años da lugar al estatus de mayor de edad. Finalmente, las reglas que confieren poderes —sobre cuya naturaleza se discute mucho, como veremos— se caracterizarían (para los autores citados) por conectar un estado de cosas y una acción con la producción de un resultado institucional; por ejemplo, «si en las circunstancias C se realiza el acto X se produce la

consecuencia Y» o, lo que es lo mismo, «si deseo la consecuencia Y (contraer matrimonio) debo hacer X (un contrato matrimonial) siempre que me halle en la circunstancia C (ser mayor de edad, etcétera)».

El cuadro de este género de normas puede complicarse bastante más, entre otras cosas porque la concepción acerca de qué sea una regla constitutiva no es del todo pacífica y, por tanto, no todos los tratadistas incluyen bajo esa rúbrica idénticos componentes. No obstante, creo que lo dicho es bastante para mostrar que en sí mismas estas reglas ni mandan, ni prohíben, ni permiten, es decir, son sustancialmente distintas a las normas regulativas o prescriptivas. La cuestión entonces es si su presencia (abundantísima) en el lenguaje del Derecho desmiente la idea inicial de que el Derecho es o pertenece a la clase del lenguaje prescriptivo.

Los juristas suelen responder diciendo que las normas constitutivas deben concebirse como *fragmentos de normas*. Así, el artículo del Código civil que define el censo enfitéutico es una parte o fragmento de todas aquellas normas que atribuyen derechos y obligaciones a quienes lo constituyen; el artículo 12 CE que establece la mayoría de edad a los 18 años es otro fragmento, en este caso de todas aquellas normas que hacen uso del concepto de mayoría de edad con el mismo fin de atribuir derechos y obligaciones. Parece que no tendría mucho sentido que el Derecho se entretuviera en definir qué es un testamento si luego no usase ese concepto para imputar derechos y obligaciones. Entre las reglas constitutivas del Derecho y aquellas otras que, por ejemplo, reglamentan el juego del ajedrez no existe en sí más diferencia que la vinculación de las primeras a normas prescriptivas. Quizás mejor: una regla constitutiva es una norma jurídica simplemente porque forma parte del sistema jurídico, lo que no ocurre con las reglas del ajedrez.

4. Enunciados y normas

En el lenguaje de los juristas es corriente emplear la palabra «norma» para referirse indistintamente a los enunciados o disposiciones y a sus significados. Aunque muchas veces ello no plantea problema alguno, conviene insistir en que propiamente la norma es el significado que atribuimos a un enunciado; lo que media entre la disposición y la norma se denomina interpretación: cuando interpretamos postulamos un significado (o varios) para un cierto enunciado. Sobre este aspecto habremos de profundizar, pero a fin de comprender el alcance de la distinción baste pensar en que una sola disposición puede contener o dar lugar a más de una norma y que no siempre resulta claro qué normas constituyen el significado de una disposición.

Un ejemplo: el artículo 53.1 CE establece, entre otras cosas, que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse» el ejercicio de los derechos y libertades. De entrada, hay aquí dos normas perfectamente delimitables: una que consagra el principio de legalidad y que impide que los derechos y libertades sean regulados por cualquier fuente distinta a la ley; y otra dirigida al legislador, prohibiéndole lesionar el contenido esencial de los derechos. Pero además esta segunda parte resulta de una gran imprecisión, pues ¿cuál es el contenido esencial de cada derecho o libertad? Despejar esa imprecisión —algo que se presta a interminables discusiones— equivale a la atribución de otros tantos significados y, con ello, a la posible formulación de una pluralidad de normas.

5. Normas y proposiciones normativas

Los enunciados deónticos pueden ser *usados o mencionados*; cuando son usados por una autoridad normativa dan lugar a *normas*, se inscriben en el lenguaje prescriptivo que, como se ha dicho, no es susceptible de verdad o falsedad; cuando son mencionados por la ciencia jurídica dan lugar a *proposiciones normativas*, se inscriben en el lenguaje asertivo o descriptivo y, en consecuencia, son verdaderos o falsos. Por ejemplo, el artículo 138 del Código penal («El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años») es un enunciado cuyo significado es una norma. En cambio, ese mismo enunciado transcrito en un manual de Derecho penal ya no tiene como significado una norma, sino lo que suele llamarse una proposición normativa que pretende informar de la existencia en el sistema jurídico español de una norma como la comentada. Lo que supone que un mismo enunciado puede expresar tanto una norma como un aserto sobre esa norma, es decir, una proposición.

Ahora bien, el lenguaje de los juristas —que será estudiado con mayor detenimiento en las lecciones relativas a la interpretación— es muy variado y no siempre parece presentar el mismo estatus. A mi juicio, cabría distinguir entre:

a) *Proposiciones factuales*: informan propiamente no de la existencia de normas, sino de ciertos hechos relativos a las normas; por ejemplo, «el legislador ha ordenado que se castigue a los homicidas»; o también, «el Tribunal Supremo español atribuye a la disposición D el significado S». A mi juicio, estas proposiciones se inscriben claramente en el lenguaje descriptivo: puede ser verdadero o falso lo que expresan. Pero hay que añadir que este tipo de proposiciones no son las más corrientes en la ciencia jurídica.

b) Propositiones relativas a la validez de las normas. Como se verá, el juicio de validez presenta una cierta complejidad y puede ser entendido de distinto modo. Aquí baste decir lo siguiente: a veces, los juristas consideran que forman parte del sistema jurídico y, en su caso, han de aplicarse normas que no han sido promulgadas, normas que «crean» para solucionar casos que no han sido previstos por normas explícitas; otras veces dudan acerca de la validez de una norma promulgada, justamente porque entra en colisión con otra norma del sistema. En ambos casos *deciden* que es válida una norma no promulgada; o que es inválida una norma promulgada. Y, en mi opinión, cuando hacen una cosa o la otra su discurso no puede calificarse como descriptivo.

c) Propositiones interpretativas. Interpretar consiste en atribuir un significado a cierto enunciado del tipo «la disposición *D* significa *S*». Sin embargo, salvo que aceptemos que cada enunciado presenta siempre un significado unívoco y transparente, que hay una «interpretación verdadera», proponer el significado que debe atribuirse a una disposición tampoco puede considerarse como una mera aserción.

Desde un punto de vista pragmático, es claro que las proposiciones de la ciencia jurídica se formulan con un propósito descriptivo o informativo, tratan de dar cuenta de qué dice el Derecho, de cuáles son los derechos y las obligaciones que rigen en un sistema jurídico. Sin embargo, como acabamos de ver, es dudoso que el lenguaje de los juristas logre su propósito, pero sobre esto también hemos de volver.

Lección 4

LA ESTRUCTURA DE LA NORMA

1. Estructura y definición de la norma

En los estudios sobre la teoría de la norma jurídica parece haberse consolidado una explicación estructural formulada por un autor ya citado, el finlandés von Wright, quien propuso distinguir ocho elementos: carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto, ocasión, promulgación y sanción. Los tres primeros constituirían el «núcleo normativo» que estaría presente en toda norma, no sólo regulativa o prescriptiva; los tres siguientes serían propios o distintivos de esta última clase de normas; y los dos últimos permitirían también perfilar la naturaleza de las prescripciones, aunque no se encuentren necesariamente en ellas.

Seguiremos el esquema propuesto por von Wright, pero no sólo con el propósito de dar cuenta de los componentes de la norma, sino también al mismo tiempo de examinar algunas de las teorías a propósito de la peculiar naturaleza de la norma jurídica. Porque sucede, en efecto, que tradicionalmente el problema de la definición de la norma jurídica y en particular de su distinción de la norma moral ha girado en torno a alguno de los elementos de las mismas, sugiriendo que entre unas y otras era posible hallar criterios diferenciadores en alguno de esos componentes. Esta cuestión ha podido ser calificada como uno de los mayores rompecabezas de la filosofía del Derecho (Bobbio), justamente porque se partía de la hipótesis de que la distinción entre Derecho y moral habría de encontrarse presente en cada una de sus normas, de modo que, en resumidas cuentas, una norma podía identificarse como norma jurídica porque presentaba algún rasgo estructural singular.

Por otra parte, y en paralelo con lo anterior, el siguiente análisis nos permitirá mostrar que no sólo resulta sumamente difícil, por no decir imposible, ponerse de acuerdo acerca de cuál es el rasgo definidor de la juridicidad, sino que además el universo de las normas presenta una extraordinaria heterogeneidad que se resiste a cualquier intento uniformizador.

2. El núcleo normativo

a) El *carácter* de la norma alude a la finalidad o propósito que ésta persigue en relación con su objeto o contenido o, si se quiere mejor, a la modalidad deóntica que incorpora: por eso, atendiendo a su carácter, las normas pueden ser mandatos u obligaciones de hacer, prohibiciones u obligaciones de no hacer, y permisos que facultan o autorizan tanto para hacer como para omitir. Como ya se adelantó en la lección anterior, existe acuerdo en que las modalidades de mandato y prohibición son interdefinibles: el mandato de hacer algo es equivalente a la prohibición de omitirlo, y la obligación de omitir es equivalente a la prohibición de hacer. Como también vimos, mayores dificultades presenta esa interdefinición con los permisos.

Es interesante advertir que en alguna ocasión se ha intentado formular una definición de las normas jurídicas, distinguiéndolas de las normas morales, atendiendo a su carácter. Lo típico de la norma jurídica sería adoptar la forma de prohibiciones o mandatos negativos, de no hacer, mientras que las normas morales se presentarían como mandatos positivos o de hacer; por eso, la moral debería impulsar la consecución del mayor bien, mientras que el Derecho nos debería apartar de hacer el mal (Thomasius). Es evidente, no obstante, que en un sistema jurídico coexisten todas las modalidades deónticas y que si unas normas prohíben hacer (no matarás), otras imponen deberes positivos (pagar impuestos). En otras palabras, las normas jurídicas pueden tener cualquiera de los caracteres indicados.

b) Por *contenido* se entiende el objeto de la prescripción, es decir, aquello que se declara prohibido, ordenado o permitido. El contenido de la norma es, pues, una acción (matar, robar) o una actividad humana (contaminar por emisión de humos), que produce algún resultado en el mundo consistente en la aparición o desaparición de algún estado de cosas, o en su conservación o falta de aparición (estos cuatro son los llamados cambios elementales). No todos los cambios que se operan en el mundo son obra humana (por ejemplo, un terremoto), pero lógica-

mente objeto o contenido de las normas son sólo aquellas acciones que pueden ser realizadas por personas; aunque, eso sí, puede tratarse tanto de acciones positivas como de omisiones. El concepto de omisión presenta especiales dificultades: jurídicamente, omitir no es dejar de hacer cualquier cosa, sino dejar de hacer aquello que *podemos* (fácticamente) y *debemos* hacer. Por otro lado, una acción u omisión puede desencadenar una pluralidad de efectos y cabe distinguir entre los *resultados*, que son obra de un comportamiento voluntario (intencional dice von Wright, pero el Derecho también presta atención a conductas no intencionales, como el homicidio por imprudencia), y las *consecuencias*, que serían los cambios ulteriores no comprendidos por la intención.

El contenido de una norma puede aparecer plenamente determinado de forma concluyente, de manera que la norma sólo puede ser cumplida o incumplida: matar o no matar, pagar el impuesto debido o no pagarlo; se trata en todo caso de acciones o conductas concretas descritas como contenido de las normas. Sin embargo, merece la pena llamar la atención sobre un tipo de normas cuyo contenido aparece algo más indeterminado porque imponen simplemente que se actúe en favor de la consecución de un cierto estado de cosas, pero sin establecer el tipo de acciones que han de realizarse; por ejemplo, el artículo 158.3 del Código civil autoriza al juez para que adopte las medidas que considere necesarias «a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios»; cuáles sean esas medidas y cuál su intensidad es algo que, dentro de ciertos límites, decide el juez.

A su vez, dentro de esta categoría de normas que promueven la consecución de cierto estado de cosas (el bienestar del menor, la seguridad viaria, la salud pública, etc.) algunos autores, como Atienza y Ruiz Manero, distinguen entre *reglas de fin* y *directrices* (o, en terminología de Alexy, mandatos de optimización). No procede entrar en una discusión de detalle sobre el alcance de esta distinción, pero en principio serían reglas de fin aquellas que idealmente imponen un cumplimiento pleno (aunque dejen un margen de discrecionalidad acerca de cómo conseguirlo), como el ya citado precepto del Código civil relativo a los menores; mientras que serían directrices aquellas normas que no especifican siquiera un umbral mínimo de cumplimiento, limitándose a señalar una tendencia de actuación; por ejemplo, «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico» (art. 40.1 CE); «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social» (art. 41 CE), etc. Determinar en cada caso la conducta concretamente obligatoria, esto es, el nivel que debe alcanzar la «promoción» o el «mantenimiento», es algo que depende de las condiciones fácticas y también de la concurrencia de otras normas que impulsen o

estimulen comportamientos distintos u opuestos. El modelo argumentativo diseñado para alcanzar dicha determinación recibe el nombre de juicio de ponderación, y algo se dirá de él en una lección posterior.

c) La *condición de aplicación* alude a todas aquellas circunstancias que han de concurrir para que pueda realizarse el contenido de la norma, esto es, por lo general, las acciones o situaciones fácticas que describe la propia norma como condicionantes para que resulte operativo su contenido prescriptivo. En ocasiones, la condición de aplicación forma parte o se deduce del propio contenido de la norma; por ejemplo, en la orden «cierra la puerta» la única condición de aplicación es que la puerta esté abierta. Otras veces, en cambio, se requieren condiciones adicionales que describe también la norma, pero que ya no forman parte de su contenido prescriptivo; así, «si llueve, cierra la puerta».

Desde esta perspectiva, las normas se clasifican en categóricas e hipotéticas. Las normas categóricas suelen caracterizarse como aquellas que carecen de condición de aplicación o, si se quiere, aquellas en las que el solo deber constituye el único motivo del obrar; más exactamente, son categóricas las normas cuya condición de aplicación se agota en su mismo contenido, como «debes amar a tus semejantes», donde la única condición es que existan semejantes; son por ello «incondicionales categóricas» que pretenden valer para toda circunstancia. Una norma es hipotética, en cambio, cuando, además de darse la oportunidad de realizar la acción (que la puerta esté abierta, que existan semejantes), requiere o incorpora alguna condición adicional (que llueva o que tus semejantes realicen una cierta acción, en nuestros ejemplos).

Es opinión tradicional que uno de los rasgos característicos de las normas jurídicas frente a las normas morales es que las primeras presentan una estructura hipotética, mientras que las segundas se expresarían en forma de imperativos categóricos. Lo típico de la norma jurídica es que en ella siempre es posible encontrar un enunciado condicional del tipo «si se verifica la circunstancia o condición X, entonces se debe (o no se debe, o se puede) realizar la conducta Y». La norma se compondría entonces de dos elementos: el antecedente o prótasis, que en Derecho suele llamarse supuesto de hecho; y el consecuente o apódosis, que en Derecho suele recibir el nombre de consecuencia jurídica: que se produzca el supuesto de hecho es *condición* de la consecuencia jurídica.

Son muchas las normas jurídicas que presentan una estructura hipotética, aunque las circunstancias descritas en la condición de aplicación pueden ser de muy variada naturaleza: así, es común que describan una cierta acción o conducta humana («El que matare a otro...», art. 138 del Código penal), pero también pueden referirse a un suceso de la natura-

leza («En circunstancias de sequía extraordinaria...», art. 56 de la Ley de Aguas de 1985), o incluso tomar en consideración una creencia («Cuando la viuda crea haber quedado encinta...», art. 959 del Código civil). Pero también son muy numerosas las normas que formalmente no se expresan en términos condicionales o hipotéticos, aun cuando puedan sin gran dificultad formularse de tal modo: «los españoles son mayores de edad a los 18 años» (art. 12 DE) puede expresarse de este otro modo: «cuando los españoles cumplen 18 años, entonces han de ser considerados mayores de edad».

Como ha observado Guastini, esta «vocación» hipotética de las normas jurídicas se conecta a una cierta concepción del Derecho que considera que, en última instancia, las normas jurídicas están dirigidas no a los ciudadanos, sino a los jueces. Si se entiende que una peculiaridad de los sistemas jurídicos es que cuentan con órganos de aplicación del Derecho (jueces en sentido amplio) y que esos órganos deben resolver los casos o controversias con arreglo a normas, entonces parece que toda norma ha de poder ser reconducible a un enunciado sintácticamente condicional: el juez debe imponer la consecuencia jurídica *sólo cuando* concurra alguna circunstancia o condición descrita en la propia norma; debe castigar a la pena X sólo si el sujeto realizó la conducta Y; debe considerar heredero legítimo al sujeto A sólo si es hijo del sujeto B, y así sucesivamente.

Naturalmente, no hay que pensar que la condición de aplicación se agota o aparece exhaustivamente expresada en el enunciado de la norma, sino que en realidad se deduce (o se supone que puede deducirse) del conjunto del sistema. En este sentido, para que se imponga la pena prevista para el homicidio no es suficiente con que se cumpla la condición expresada en el artículo 138 del Código penal («el que matare...»), sino que además han de concurrir otras muchas condiciones positivas o negativas, como que el autor sea mayor de edad, que no padezca demencia, que no hubiera actuado en legítima defensa o estado de necesidad, etc. De manera que la condición de aplicación *se construye* por el juez o intérprete a partir de un enunciado legal al que se suman todas sus excepciones. Y al que, por cierto, se deben sumar también todas sus ampliaciones o extensiones; pues ocurre —aunque no precisamente con las normas penales, como se verá— que merced a la analogía, la consecuencia jurídica de una norma puede ser aplicada a un caso que no forme parte —al menos expresamente— de la condición de aplicación.

Aquí comienzan los problemas. Resulta que algunas normas carecen de condición de aplicación o la presentan de manera sumamente imprecisa o fragmentaria, normas que Atienza y Ruiz Manero califican como «abiertas» o sencillamente como principios: ordenan o permiten algo,

pero no sabemos cuándo esa orden o permiso debe hacerse operativo. Nada menos que los derechos fundamentales (o muchos de ellos) pertenecen a esta categoría. Intentemos traducir en términos hipotéticos algún derecho fundamental (prescindiendo, eso sí, de algunos aspectos de la concreta regulación constitucional que complicarían el análisis): «si te comportas de acuerdo con tu religión o ideología, ejerces un derecho y, por tanto, tu conducta está permitida» (art. 16.1 CE); «si expresas y difundes tus ideas, actúas correctamente y la conducta está permitida» [art. 20.1.a) CE]. Pues bien, de aquí cabe deducir que *toda* conducta práctica está permitida, dado que cualquier conducta (o casi) puede encontrar acomodo en una ideología o religión; como se deduce también que toda expresión oral o escrita está permitida, pues siempre ha de responder a una idea o pensamiento. Incluso alguna formulación parece resultar de imposible traducción condicional: que «los españoles son iguales ante la ley» (art. 14 CE) significa en principio justamente eso, que basta la condición de español para ser tratado *siempre* igual que otro español, cualquiera que sean las circunstancias (pues no se menciona en el enunciado ninguna condición o excepción). La estructura de estas normas parece más bien categórica: la única condición que incorporan es que se dé la oportunidad de aplicación descrita o que se deduce del propio significado de la norma: actuar, expresarse, ser español, etcétera.

Naturalmente, las cosas no son así: no toda actuación está permitida, ni lo está tampoco cualquier expresión de las ideas o pensamientos, ni todos los españoles reciben el mismo tratamiento jurídico con independencia de las circunstancias en que se hallen o de las conductas realizadas. Suele decirse que estas normas categóricas o no condicionales son sólo *prima facie* o *derrotables*, lo que (más o menos) quiere decir lo siguiente: cualquier conducta que podamos considerar como expresión de unos sentimientos religiosos o de una ideología, en principio está permitida... salvo que concurran determinadas circunstancias que justifiquen su prohibición (por ejemplo, la práctica religiosa consiste en sacrificios humanos). ¿Qué significa esto? Pues básicamente que el carácter «abierto» de estas normas categóricas ha de ser «cerrado» en cada caso mediante la (re)construcción de su condición de aplicación. Lo que sucede es que resulta tarea inútil intentar catalogar en abstracto y de modo exhaustivo todas las circunstancias y excepciones que gobiernan la aplicación de una norma de esta clase, pues ello depende de todas las demás normas del sistema y de su apreciación más o menos discutible por parte del juez.

Profundizaremos en esta cuestión más tarde, en las lecciones relativas a las antinomias y a la ponderación, dado que aquí el problema central es la existencia de un conflicto entre normas: una que declara

permitida toda actuación práctica o toda expresión de ideas y otra (u otras) que justifican su restricción. Sin embargo, es interesante advertir que para algunos esta presencia de normas categóricas en el Derecho (algo que es indiscutible) equivale a decir que en el Derecho pueden existir normas que no son jurídicas; cabe suponer entonces que «son normas morales 'intrusas' en un sistema jurídico» (Guastini). En otras palabras, resultaría que hay normas que son jurídicas (porque están dentro de un sistema de esa clase), pero que no son jurídicas porque se configuran como categóricas y no como hipotéticas o condicionales y, por tanto, no resultan susceptibles de decirle al juez cuándo ha de aplicar la consecuencia en ellas prevista. Lógicamente, esta forma de ver las cosas obedece a una previa identificación entre norma jurídica y estructura hipotética; una norma sólo sería jurídica si presenta (o puede conducirse a) una estructura hipotética.

3. Los elementos de las prescripciones

a) La *autoridad* es el agente que produce o emite la norma y que tanto puede ser una persona como un órgano jurídico; agente que expresa su voluntad a través de una *acción normativa* o acto lingüístico cuya ejecución tiene el efecto de dar vida a una prescripción. Desde el punto de vista de la autoridad, las normas pueden clasificarse en personales e impersonales, y en autónomas y heterónomas. También este elemento ha servido para intentar caracterizar a la norma jurídica y distinguirla de otra clase de prescripciones, y ello además desde una triple perspectiva: para unos, lo que hace jurídica a una norma cualquiera es el tipo de autoridad normativa de la que procede; según otros, lo típico de la norma jurídica es su carácter impersonal; y, por último, es opinión con mucho predicamento que las normas jurídicas son de naturaleza heterónoma, frente a las morales, que serían autónomas.

En relación con el primero de los criterios enunciados, es una idea muy extendida que la norma jurídica puede definirse como un mandato general que el soberano político dirige a sus súbditos. La idea es bastante antigua, pero tal vez fuera Austin quien la formulase con más precisión. En todo caso, y prescindiendo de otros aspectos de la llamada *teoría imperativista*, es importante subrayar dónde se halla el criterio fundamental de la juridicidad de las normas: en el soberano, en la autoridad normativa que produce el mandato.

A propósito del segundo criterio, fue un realista de nombre Olivecrona quien sugirió que entre los mandatos y las normas jurídicas había una diferencia fundamental, que residía en su distinto origen: el manda-

to implica una relación personal entre autor y destinatario, mientras que las normas o imperativos jurídicos operan independientemente, tanto de la persona que ordena como del destinatario, ya que en la norma no se describe a uno o varios individuos, sino que se tipifica una situación o conducta en la que puede hallarse cualquiera.

Finalmente, la distinción entre normas autónomas y heterónomas se remonta a Kant y se centra también en la figura de la autoridad normativa y en su relación con el destinatario. Decimos que una norma es autónoma cuando conciden ambos sujetos, autor y destinatario; la autonomía, si se prefiere decir así, es la cualidad que tiene la voluntad de ser ley de sí misma y, por tanto, una norma es autónoma cuando la formula la propia persona que está llamada a cumplirla, generando así una autoobligación. Una norma es heterónoma, en cambio, cuando «viene de fuera», cuando es emitida y nos viene impuesta por otro sujeto. No hace falta añadir que, desde la perspectiva de la moral kantiana (pero no desde otras), las normas sólo merecen el calificativo de morales si proceden de la conciencia autónoma del individuo; las normas jurídicas serían entonces heterónomas justamente por provenir de una autoridad externa.

No procede detenerse en una crítica pormenorizada, pues hoy parece generalmente admitido que ninguno de los tres criterios enunciados (soberano, carácter impersonal y heteronomía) supera el que parece ser test fundamental, a saber: hallarse presente en toda norma jurídica y, a su vez, no acompañar a ninguna norma de otro carácter. Desde el momento en que cualquiera de esos criterios resulta ausente de una norma jurídica o, al contrario, aparece en una norma de otra clase, deviene inservible o, al menos, resulta no concluyente. Y esto es lo que ocurre.

b) El *sujeto normativo* es la persona o personas a quienes se dirige la norma o prescripción, esto es, aquellos sujetos que, si se dan las condiciones establecidas, deben cumplir el mandato o prohibición o, en su caso, disfrutar del permiso. Que «deban» cumplir la norma no significa naturalmente que de hecho lo hagan, ni que exista tampoco una suerte de obligación moral de hacerlo. Las normas pueden fracasar y con alguna frecuencia fracasan, bien porque el sujeto normativo no logre realizar la acción prescrita, bien simplemente porque decida desobedecerla.

Desde la perspectiva del sujeto normativo, es usual diferenciar entre prescripciones generales y particulares. Las primeras son las que se dirigen a todas las personas en general o a todos los miembros de una cierta clase (los españoles, los trabajadores), mientras que las segundas tendrían como destinatarios a un individuo en concreto o a varios individuos de los que forman una clase. Incluso es una idea bastante extendi-

da que las genuinas normas jurídicas, a diferencia de las decisiones o actos de aplicación, habrían de ser necesariamente prescripciones generales. Sin embargo, conviene decir que la generalidad entendida como una característica que se refiere a los destinatarios o sujetos normativos presenta un carácter gradual: las normas son más o menos generales (o individuales) sin que exista una frontera nítida entre ambos extremos; por ejemplo, pocos negarían que una ley constituye siempre una expresión normativa y, sin embargo, hay leyes singulares.

c) La *ocasión de aplicación* se refiere a la localización temporal y espacial en la que es preciso realizar el contenido de la norma, es decir, el momento y lugar en que procede observar aquello que está permitido, prohibido u ordenado. También en relación con este elemento cabe clasificar las prescripciones en (más o menos) generales o particulares. De entrada, las normas de un Derecho nacional presentan un ámbito de aplicación limitado, que puede limitarse aún más si su vigencia se circunscribe a una Comunidad Autónoma o a un Municipio. Por otra parte, si bien las normas suelen dictarse con un ámbito temporal ilimitado, tampoco faltan aquellas cuya vigencia se extiende sólo durante un periodo determinado o mientras duran ciertas circunstancias excepcionales, como se explicará en su momento.

Conviene diferenciar entre la ocasión de aplicación de la norma en sí y la descripción de circunstancias espacio-temporales como parte de la condición de aplicación de la norma, es decir, como condicionantes de su operatividad o exigibilidad. Una cosa es que la norma rija sólo en el ámbito espacial del Ayuntamiento de Toledo, y otra que su contenido prescriptivo incorpore límites de espacio y tiempo, por ejemplo, la circulación de vehículos en el casco histórico durante la noche.

4. Otros elementos de las normas prescriptivas

a) La *promulgación* consiste en la formulación de la norma mediante un sistema de símbolos, generalmente los de un lenguaje natural, a fin de que los destinatarios o sujetos normativos puedan conocerla y consiguientemente cumplirla. Aquí la promulgación debe considerarse en un sentido amplio y no en su significado jurídico estricto de acto formal o notarial por el que se da a conocer que la autoridad ha producido una norma. Por lo demás, como indica Nino, sólo en un sentido muy laxo de «componente» cabe aceptar que la promulgación sea un componente de la norma.

b) La *sanción*, por último, consiste en la amenaza de un mal (de un daño, de un castigo o pena) que la autoridad puede añadir a la prescripción como garantía de su cumplimiento por parte de los sujetos normativos. Ya hemos tenido oportunidad de hablar de las sanciones, pero conviene recordar ahora que para una muy influyente concepción del Derecho como la que representa Kelsen las normas jurídicas primarias o genuinas son justamente aquellas que establecen una sanción, aquellas que prescriben que un individuo debe sufrir un cierto castigo recurriendo incluso al uso de la fuerza. La sanción se configura, pues, como un acto coercitivo y aquí reside la peculiaridad de la norma jurídica: «una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción».

Obsérvese que, desde esta perspectiva, las auténticas normas jurídicas son las que se dirigen a los funcionarios, es decir, aquellas que ordenan a ciertos sujetos (por lo común los jueces) la aplicación de una medida coercitiva en determinados supuestos: si alguien comete un delito, entonces *debe ser* castigado, donde el deber ser no pesa sobre el ciudadano, sino sobre el juez llamado a aplicar una sanción. Y de aquí se deduce que «no debes cometer delitos»: en la terminología kelseniana, ésta es una norma secundaria que se obtiene mediante una transformación de la primaria; el contenido de la norma secundaria resulta ser la conducta opuesta a la que expresa la condición de aplicación de la primaria. Si esta última dice que «el que matare será castigado...», la norma secundaria o dirigida a los ciudadanos habrá de decir «no debes matar».

Es interesante llamar la atención sobre la implicación que se produce entre estas tres visiones a propósito de las normas: considerar (i) que las genuinas normas jurídicas son las que imponen sanciones, (ii) que están dirigidas a los jueces antes que a los ciudadanos, y (iii) que presentan una estructura hipotética. Si la experiencia primaria del Derecho es la coacción o la fuerza, pero el ejercicio de ésta no quiere confiarse a los particulares (venganza privada, por ejemplo), entonces es necesario que existan jueces encargados de aplicar las sanciones. Pero, a su vez, si se supone un ejercicio tasado y regulado de la fuerza, la aplicación de la misma por parte de los jueces no puede ser indiscriminada o caprichosa, sino que debe responder a determinadas condiciones. De ahí la conveniencia de concebir la norma jurídica en términos hipotéticos: si se produce la condición (matar, por ejemplo), y sólo entonces, debe aplicarse la consecuencia prescrita, es decir, el *deber ser* de la pena o sanción.

La posición de Kelsen a mi juicio tuvo el mérito de subrayar un rasgo fundamental de todo orden jurídico como es su vinculación al uso de la fuerza. Sin embargo, su empeño en reconducir el concepto de nor-

ma jurídica al concepto de sanción no deja de plantear problemas, y en particular dos: primero, que viene a sugerir una especie de regreso al infinito, pues si una norma jurídica es aquella cuyo «deber ser» consiste en imponer una sanción, se hará necesaria otra nueva norma cuyo «deber ser» sea otra sanción para el caso de incumplimiento de la primera; y así sucesivamente; de modo que, si aceptamos que el número de normas de un sistema es limitado, habrá una última norma cuyo «deber ser» sancionatorio no se halle asegurado por ninguna otra norma de sanción. Y segundo, es un hecho que en los sistemas jurídicos se producen numerosas normas sin sanción —curiosamente tal vez las más importantes o las supremas— y la explicación kelseniana de considerar a tales normas como partes, fragmentos o antecedentes de las genuinas normas jurídicas resulta en ocasiones excesivamente alambicada, cuando no imposible. En suma, la sanción no es un componente esencial o necesario de toda norma jurídica, aunque, en mi opinión, ello no sea obstáculo para definir el Derecho en términos de fuerza y coacción.

NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS

1. *La función de las normas secundarias*

Acabamos de ver que para Kelsen las normas primarias eran aquellas que establecían una sanción. Sin duda, el autor austriaco pretendía con ese calificativo de «primarias» subrayar el importantísimo papel que tales normas desempeñan en el sistema jurídico, aunque a la postre resultase un poco contraintuitivo decir que las genuinas normas jurídicas (primarias) no son aquellas que tienen por objeto regular la conducta de los individuos, sino precisamente aquellas que se dirigen a los funcionarios encargados de aplicar sanciones. Sin embargo, la distinción entre normas primarias y secundarias se ha usado por otros muchos autores y generalmente con un significado distinto. No procede aquí enumerar las distintas acepciones, pero sí llamar la atención sobre el sentido mismo de la distinción, y es que parece que en todo sistema jurídico medianamente evolucionado existen dos clases de normas: las que pudiéramos decir que «regulan el mundo», y las que regulan el propio funcionamiento del Derecho. Como dice Bobbio, «lo que caracteriza a la distinción entre normas primarias y normas secundarias en todas sus acepciones es la individualización del fenómeno, que algunos incluso consideran específico del ordenamiento jurídico, de la presencia de normas cuya existencia está justificada por el hecho de que *se refieren a otras normas*». La distinción, pues, debe conectarse al rasgo de la institucionalización, que ya comentamos en la lección primera.

Fue una obra publicada en 1961, *El concepto de Derecho* del jurista británico H. Hart, la que daría un impulso decisivo no ya a la distinción académica entre normas primarias y secundarias, sino a la propia con-

En una comunidad en la que existiesen sólo normas primarias o de conducta tarde o temprano se plantearían dudas acerca de cuáles son las normas que efectivamente forman parte del grupo, esto es, que constituyen entre sí un sistema unitario diferente, por ejemplo, del sistema que rige en una comunidad vecina. Así, imaginemos que en un conflicto entre particulares una de las partes alega en su favor una determinada norma, y que la otra parte, en cambio, niega que dicha norma sea válida o exista: ¿cómo puede determinar el juez quién tiene razón? Sólo acudiendo a una norma secundaria, cuyo objeto sea identificar o reconocer a las normas del grupo, puede nuestro juez hallar una respuesta.

En segundo término, ocurre que por muy alto que sea el consenso o aceptación que una comunidad muestre hacia sus reglas de comporta-

Finalmente, y aunque en hipótesis tal vez fuera concebible una comunidad dotada de un sistema jurídico absolutamente estático —por ejemplo, es Derecho sólo y nada más que lo ordenado en algún libro sagrado— lo cierto es que, en la medida en que pretenda servir de instrumento para la conformación de las cambiantes relaciones sociales, todo sistema se muestra como un orden *dinámico* que de modo continuo incorpora nuevas normas y elimina alguna de las ya existentes. Ahora bien, estas operaciones de incorporación y eliminación no se verifican, por así decirlo, fuera del Derecho, sino que se hallan también reguladas por normas; concretamente por las *reglas de cambio* que establecen quiénes son los sujetos u órganos competentes para dictar nuevas normas o derogar las existentes, así como los procedimientos y condiciones que han de observarse para ello. Cabe decir entonces que las reglas de cambio desempeñan la función de renovar el ordenamiento, poniendo remedio al carácter estático que presentaría un sistema compuesto sólo por normas primarias. Lógicamente, si las reglas de adjudicación tenían que ver con los tribunales, las de cambio instituyen y regulan la actuación legislativa, entendida en un sentido amplio como cualquier forma de producción de Derecho.

Antes propusimos definir el Derecho en términos de fuerza organizada, o de organización de la fuerza. Lo que distingue al Derecho de otros sistemas normativos sería su relación con la fuerza, el hecho de que regule quién puede usarla, cuándo y cómo puede usarse, etc. Pues bien, si las normas que confieren al sistema jurídico su naturaleza coer-

citiva son fundamentalmente las normas sancionadoras, aquellas otras que permiten concebirlo como una fuerza organizada o como un sistema en sentido propio son precisamente las reglas secundarias, las normas relativas a otras normas y cuyo objeto principal es atribuir poderes y diseñar procedimientos. Ya dijimos que, a nuestro juicio, conceptualmente un Derecho puede entenderse sólo en términos de fuerza o con una mínima base institucional, pero también es cierto que los sistemas evolucionados se caracterizan no por el tipo de normas de conducta que incorporan, sino por la complejidad y sofisticación de su aparato institucional o, lo que es lo mismo, por el volumen y la importancia que adquieren sus normas secundarias; como dice Hart, la incorporación de las reglas secundarias a un sistema jurídico, en especial de las de adjudicación y cambio, podría considerarse el paso fundamental «que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico». Incluso cabe decir que cuanto más evolucionado es un Derecho, más relevante es el papel que desempeñan estas reglas.

Por otra parte, aunque muy unido a lo anterior, conviene subrayar que las normas secundarias explican o están en la base de una característica muy destacada de los sistemas jurídicos, que es su *autocreación*, el hecho de que las operaciones de promulgación, eliminación o aplicación de las normas primarias o de comportamiento aparecen reguladas por el propio Derecho. Los «hechos» jurídicos que producen una norma o un contrato no son hechos naturales, sino institucionales; más propiamente, son actos a los que se atribuye un cierto significado que aparece prescrito por el Derecho: desde la producción de una ley al otorgamiento de un testamento, pasando por la emisión de una sentencia judicial, lo que encontramos no son simples comportamientos naturales, sino comportamientos jurídicamente cualificados.

2. *Las normas de competencia o que confieren poderes*

Hemos dicho que las reglas de adjudicación tienen por objeto regular la aplicación de las normas primarias a los casos concretos, mientras que las reglas de cambio son las que permiten crear nuevas normas; en ambos casos, son normas que tienen que ver con órganos e instituciones del Derecho. Dentro de este amplio capítulo institucional podemos hallar normas de distinta naturaleza, incluso algunas que revisten una forma preceptiva; por ejemplo, la que prohíbe al juez fallar sin haber oído a las partes, o la que impide a los poderes públicos y singularmente al legislador vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, entre las reglas de adjudicación y cambio podemos hallar

también definiciones («por juez debe entenderse...») y, sobre todo, las llamadas normas de competencia o que confieren poderes, normas que atribuyen a un sujeto u órgano la potestad o competencia para producir a través de un cierto procedimiento un resultado institucional que llamamos ley, Real Decreto, sentencia, etc. Por cierto que esta clase de normas no se inscriben únicamente en la esfera del Derecho público, sino que son muy frecuentes también en el ámbito del Derecho privado, aunque aquí, más que de competencias, se suele hablar de capacidad, facultad, etc.; así las que establecen las condiciones para realizar un cierto tipo de negocio jurídico, para contraer matrimonio o para otorgar testamento: «el sujeto S, siempre que en él concurren las circunstancias C1, C2... (ser mayor de edad, estar soltero, etc.), tiene capacidad (es competente) para producir el resultado R (un testamento, un matrimonio) mediante el procedimiento P (expresar su voluntad de cierta forma o ante cierta persona, realizar algún ritual, etcétera)».

Existe una amplia y bastante exquisita discusión doctrinal acerca del carácter o naturaleza de este género de normas, de cuyos pormenores no daremos aquí noticia. Por otra parte, sobre la importante función que desempeñan las reglas de competencia en el sistema de fuentes del Derecho trataremos en las lecciones correspondientes. Ahora será suficiente con llamar la atención sobre alguna de sus peculiaridades o posibilidades de interpretación.

De entrada, las normas de competencia parecen presentarse como normas regulativas o de comportamiento y, más concretamente, como permisos, aunque también pueden adoptar la forma de obligaciones. Por ejemplo, la norma que autoriza al Parlamento para dictar leyes, al Gobierno para producir reglamentos, o la que autoriza a un particular en el que concurren ciertas circunstancias para contraer matrimonio u otorgar testamento, se configuran como permisos: el Parlamento, el Gobierno o el particular *tienen permiso* para dictar, respectivamente, leyes y reglamentos, o para realizar los mencionados actos jurídicos privados. Otras veces, sin embargo, las normas que atribuyen competencias parecen tener un carácter obligatorio o de mandato positivo, es decir, que el sujeto competente, cuando se dan ciertas condiciones, no puede elegir entre hacer o no hacer, sino que viene obligado a ejercer la competencia en cuestión; es lo que ocurre con el Gobierno cuando el Parlamento dicta una Ley de Bases a fin de redactar un texto articulado o refundido (los llamados Decretos Legislativos del art. 82 CE); y es lo que ocurre también con el juez competente que debe, y no sólo puede, resolver el caso mediante una sentencia.

Por otra parte, hay una segunda manera de conectar las normas de competencia o que confieren poderes con las normas regulativas, que es

a través de los resultados. El resultado institucional del ejercicio de una competencia es la producción de una norma (una ley, una sentencia), la realización de un acto o negocio jurídico (un contrato, un testamento) o el reconocimiento de un estatus con relevancia jurídica (la designación de presidente del Gobierno); resultado que de un modo u otro se constituye en fuente de derechos y obligaciones. Cabe decir entonces que una regla de competencia genera normas de comportamiento para aquellos a quienes sea «oponible» el resultado del ejercicio de la competencia (la ley es oponible frente a todos, la sentencia lo es frente a quienes hubieran sido partes en el proceso, etcétera).

Finalmente, aunque un poder, competencia o facultad se configure como optativo, su ejercicio viene sometido o «arropado» por numerosas normas que imponen obligaciones o prohibiciones. Ya hemos dicho antes que el Parlamento *puede* hacer leyes, pero *debe* respetar cuando menos el contenido esencial de los derechos, así como un determinado procedimiento. Pero cabe pensar en otras muchas normas más o menos formales o sustantivas; a título de ejemplo, en las normas que imponen reservas materiales en favor de una cierta fuente, y que suponen como mínimo una prohibición para las otras fuentes; en las normas que imponen ciertos procedimientos o límites sustanciales al ejercicio de una cierta competencia normativa, etc. Del mismo modo, en la esfera del Derecho privado, las normas que regulan un negocio jurídico presentan con frecuencia una fisonomía imperativa, en el sentido de que realizar el negocio puede ser optativo o facultativo, pero, si se quiere realizar, entonces hay que observar las formas y los procedimientos prescritos.

Sin embargo, junto a estas dimensiones regulativas, las normas de competencia se presentan también como reglas constitutivas. Más exactamente, las disposiciones que regulan el ejercicio de competencias, que atribuyen poderes en el ámbito público o capacidades en el privado, pueden interpretarse como (o contienen normas que son) reglas constitutivas: el efecto por el cual un determinado acto o conjunto de actos da lugar a una ley, a una sentencia o a un matrimonio en sí mismo no parece tener nada de prescriptivo. Como vimos en una lección precedente, las reglas constitutivas se caracterizan porque a partir de un estado de cosas o de una acción dan lugar a un resultado institucional: realizar una cierta conducta en el marco de unas determinadas circunstancias tiene el efecto o la consecuencia de producir un efecto o resultado normativo: «X cuenta como Y», o «X tiene el valor de Y». Reglas constitutivas que además son traducibles en forma de normas técnicas (anankásticas) del tipo «si quieres hacer testamento, debes...». Por eso, algunos autores (Atienza y Ruiz Manero) califican a estas normas como anankástico-constitutivas: son constitutivas porque es la propia regla la que crea la posibilidad de pro-

ducir el resultado institucional (sin la regla que confiere capacidad para contraer matrimonio mediante una serie de actos y ritos, sencillamente no existiría matrimonio, que es una institución y no un hecho natural); son anankásticas porque, al depender no sólo de un hecho o estado de cosas, sino de una acción voluntaria, pueden traducirse así: «si realizas la acción descrita en la norma, entonces produces el resultado institucional que también se establece en la norma». De aquí deriva que la «infracción» de una norma de competencia tiene como consecuencia no una sanción en sentido técnico, sino la nulidad. En el lenguaje jurídico se habla con frecuencia de la «sanción de nulidad», e incluso algunos teóricos del Derecho como Kelsen intentan explicar la nulidad en términos de sanción. Ciertamente, sanción y nulidad desempeñan un papel en cierto modo análogo y sus parecidos tal vez sean mayores que sus diferencias. En primer lugar, ambas tienen una naturaleza consecencial: si no cumplo la norma de conducta, se deriva una sanción o castigo; si no cumplo lo que establece una norma de competencia, se deriva la nulidad del acto y, con ello, la nulidad del resultado institucional. En segundo lugar, como señala Bobbio, nulidad y sanción comparten lo que pudiéramos llamar un contenido desagradable: la sanción supone un castigo, la privación de ciertos bienes (la indemnización, la multa, la prisión), la nulidad implica una frustración de las expectativas (quise hacer testamento, pero no pude, etc.) y, por cierto, también eventualmente el desamparo de la fuerza que proporciona el Derecho.

Sin embargo, desde Hart parece opinión mayoritaria que nulidad y sanción presentan perfiles diferentes. La diferencia fundamental estriba en que la sanción se presenta como un añadido a la norma de conducta, como un elemento suplementario que es perfectamente distinguible de la norma en sí. En cambio, la nulidad es una consecuencia presente en la estructura misma de la norma de competencia, de manera que, si desapareciese, esta última resultaría ininteligible. La norma que prohíbe matar se comprende bien, aunque el homicidio no estuviera castigado; pero la norma que obliga a escribir el testamento ológrafo de puño y letra del testador sencillamente dejaría de ser una norma si resultase que dicho testamento pudiera escribirse también de otra manera. Asimismo, cabe advertir una segunda diferencia: la conducta cuya realización está amenazada por una sanción se considera una conducta reprobable y por ello se desalienta; la conducta que se declara nula, en cambio, simplemente no produce los efectos apetecidos por el agente, pero no por ello puede calificarse de indeseable; al sistema jurídico, por ejemplo, no le parece ni bien ni mal que la gente contraiga matrimonio u otorgue testamento. (Lo dicho creo que debería matizarse en relación con los actos jurídico-públicos, o con algunos de ellos; así, no parece tan indiférente

que los jueces respeten o no las reglas de competencia, o que sus sentencias sean válidas o nulas.)

En realidad, las nulidades se asemejan un poco a las reglas de uso que, por ejemplo, acompañan a un electrodoméstico: si no sigo los pasos que aparecen en el manual de instrucciones, el aparato en cuestión no funciona y no logra los resultados apetecidos. Del mismo modo, si el legislador no observa el procedimiento que establecen las normas de competencia para producir una ley, habrá fracasado en su propósito de dictar una ley; y el particular que desea otorgar testamento, si no respeta las reglas de la institución testamentaria, verá asimismo frustrado su deseo.

Al hilo de estas consideraciones cabría diferenciar —y algunos autores lo hacen— entre inexistencia y nulidad. Un acto es inexistente cuando se muestra incapaz de producir un solo efecto jurídico; es nulo, en cambio, cuando al menos produce el efecto de ser reconocido como tal, aunque tan sólo sea para declarar su nulidad. Los casos claros son fáciles de formular: si un juez dicta una sentencia de cualquier modo irregular la misma podrá ser impugnada y declarada nula, pero no por ello deja de ser una sentencia; el acto del juez da lugar, como prevé la norma de competencia, a un resultado institucional; y precisamente porque el resultado se llama sentencia, ésta podrá ser recurrida ante un tribunal superior. En cambio, si un profesor de Derecho penal redacta una «sentencia» para resolver un caso práctico, o uno de filosofía del Derecho se empeña en dictar una «ley» justa, nadie diría que esa sentencia y esa ley constituyen un resultado institucional; no es que sean nulas, son inexistentes (y por eso sería imposible impugnarlas). Aquí lo que hay es un grosero desconocimiento de las reglas de competencia. El problema surge cuando ese desconocimiento ya no es tan grosero y, por ejemplo, un órgano dicta una norma para la que no estaba habilitado o realiza un acto con infracción de algunas de las reglas de procedimiento. Lo que se sugiere entonces es que, en relación con las normas de competencia, algunos vicios determinan la inexistencia y otros, la nulidad. La cuestión es que —salvo que exista una previsión por parte del Derecho positivo— resulta más que difícil trazar una frontera conceptual entre una y otra clase de vicios. En la próxima lección volveremos sobre el asunto.

Lección 6

VALIDEZ

1. Concepto de validez

En el lenguaje del Derecho, pero sobre todo en el lenguaje de los juristas, el término «validez» aparece en distintos contextos para aludir a una cierta propiedad de los actos o de las normas y viene a significar simplemente «existencia jurídica». La necesidad de utilizar este concepto es clara: los actos y eventualmente las normas que se pueden derivar de esos actos son ante todo eso, actos humanos y normas formuladas (formuladas en el sentido más elemental de emitidas o enunciadas por alguien), pero no todos los actos y normas que podamos imaginar tienen naturaleza jurídica. En ocasiones, que la conducta humana no es jurídica o no trata de producir ningún efecto jurídico resulta evidente: andar por la calle, asistir a una representación teatral, etc. El problema es que otras muchas veces esa conducta sí parece querer producir alguna consecuencia jurídica; así cuando se hace testamento, se vende o se compra una casa, etc. Pero no basta la intención: el testamento o la compraventa son instituciones jurídicas, actos o negocios regulados por el Derecho, y para obtener los efectos que se pretenden es preciso realizar una serie de actos o de comportamientos de acuerdo con lo establecido por las normas. Un testamento no es la simple emisión de voluntad de un sujeto acerca del reparto de sus bienes tras la muerte, emisión que puede hacerse en un trozo de papel o en una conversación entre amigos sin mayores formalidades. Decimos entonces que el testamento o el contrato es válido cuando, además de la voluntad de testar, comprar o vender, los actos que lo constituyen han sido realizados de acuerdo con lo establecido en el sistema jurídico.

Algo parecido ocurre con las normas. No toda norma que podamos imaginar e incluso formular mediante el lenguaje es una norma jurídica: si el primer día de clase el profesor de teoría del Derecho establece que en lo sucesivo sus alumnos deberán asistir vestidos de verde, habrá formulado una norma (absurda, desde luego), pero no una norma jurídica. Ahora bien, si esa norma no es una norma jurídica no es por su contenido absurdo (también las normas jurídicas pueden ser absurdas, como pueden ser injustas), sino porque no cumple varios de los requisitos que el sistema establece para *reconocer* en eso una norma jurídica: ni el profesor es un sujeto autorizado, ni probablemente en el marco de una Constitución que reconoce la libertad personal una norma como la comentada puede reputarse legítima. Decimos, pues, que una norma es válida cuando puede ser identificada como perteneciente a un sistema jurídico porque cumple con las condiciones prescritas en ese sistema para ese tipo de normas (dado que las normas de un sistema complejo no son todas de una sola clase y las condiciones pueden ser y de hecho son distintas para cada una de ellas).

Así, pues, una norma es válida cuando existe de acuerdo con el Derecho. En consecuencia, por ahora podemos decir que validez y existencia jurídica son términos equivalentes. Sin embargo, como ya hemos avanzado, las normas pueden expresarse tanto a través de enunciados lingüísticos como de prácticas sociales o, si se prefiere, pueden expresarse tanto a través de actos como de hechos. Los sistemas jurídicos modernos cuentan con normas sobre la producción jurídica que atribuyen a ciertos actos (y de modo residual también a ciertos hechos como la costumbre) la cualidad de producir disposiciones y normas. Para afirmar que tales disposiciones y normas son válidas hemos de comprobar que reúnen las condiciones exigidas por esas normas sobre la producción jurídica. Por ejemplo, formulamos un juicio de validez cuando decimos que en el ordenamiento español existe la norma que obliga al deudor a pagar el precio, dado que existe un enunciado prescriptivo que así lo establece y que forma parte de un cuerpo legal válido (art. 1.445 del Código civil). Sin embargo, hemos de considerar también el caso de un sistema primitivo carente de esas normas secundarias o sobre la producción jurídica: ¿cómo determinar cuáles son sus normas válidas o existentes?, ¿cómo saber, por ejemplo, si reverenciar al hechicero de la tribu es o no una norma válida?

La existencia o no de normas sobre la producción jurídica, esto es, el carácter primitivo o evolucionado de un Derecho, determina dos modelos distintos de juicios de validez. En el primer caso (sistema evolucionado con normas sobre la producción) el juicio de validez describe la existencia de una norma que quizás nunca se haya observa-

do ni llegue a observarse en la práctica; cabe proponer el ejemplo del artículo 60 CE, que regula quién ha de ser tutor del Rey menor de edad: ésta es una norma válida que nunca se ha aplicado ni tal vez se aplique en el futuro. Nuestro juicio de validez aquí es por completo independiente de cualquier hecho social de naturaleza aplicativa; se limita a constatar que el enunciado normativo forma parte de un cuerpo legal que tenemos por válido (aunque, en realidad, de la Constitución no procede predicar la validez, pero esto ahora no importa). Sin embargo, para determinar si la norma de reverenciar al hechicero es una norma existente o válida no podemos acudir a ninguna otra norma que regule su existencia, sino que nuestro juicio ha de basarse en una comprobación de hecho acerca de cómo se viene comportando la comunidad, de qué ocurre cuando alguien se separa de la norma en cuestión (por ejemplo, si sufre algún tipo de castigo). Lo que tienen en común ambos juicios es que con ellos pretendemos informar o describir la existencia de una norma; pero el camino que seguimos en uno u otro caso son muy distintos. En el primer supuesto, comprobar que la norma reúne ciertos requisitos de pertenencia; en el segundo no hay más remedio que acudir a nuestro concepto de Derecho y ver en qué medida la norma en cuestión se vincula al uso de la fuerza.

Lo dicho sirve para poner de relieve una vez más la importancia que tienen las normas secundarias para la producción jurídica en orden a determinar la validez de las normas del sistema. Sin normas secundarias, sin institucionalización, la única forma de comprobar la existencia jurídica de una norma consistiría en atender a la práctica social, que es lo que ocurre en nuestro imaginario orden primitivo. Por tanto, una norma es válida cuando es el resultado de un acto o de un hecho al que el sistema jurídico considera idóneo para producir normas jurídicas. La producción de normas a través de hechos tiene una importancia menor en nuestros sistemas y del problema nos ocuparemos al tratar de las fuentes del Derecho, en particular de la costumbre. Ahora nuestro estudio se centrará en el problema de la validez de las normas que tienen su origen en un acto.

2. Las condiciones de la validez

Acabamos de decir que una norma es válida cuando cumple *todas* las condiciones que el sistema establece para reconocer a las normas (a un tipo determinado de normas) como pertenecientes al mismo. Y, en principio, esto con independencia de que la norma reúna o no otras cualidades que también pueden predicarse de las normas; por ejemplo, que sean

más o menos justas, que resulten más o menos efectivas para realizar las finalidades sociales que se proponen, o que sean más o menos respetadas y cumplidas por sus destinatarios. Las condiciones de validez, que son lógicamente distintas en los diferentes sistemas, como también lo son dentro de un mismo sistema a propósito de cada tipo de norma, giran en torno a dos grandes cuestiones o aspectos: la forma y el contenido. El primer aspecto tiene que ver con quién realizó el acto de creación, cómo lo hizo e incluso también con cuál debe ser el objeto de regulación de la norma. El segundo se refiere directamente a lo que la norma prohíbe, manda o permite (tratándose, por ejemplo, de una norma de comportamiento). Como ha observado Aguiló, las condiciones formales tienen que ver con un *poder* jurídico, regulan la posición y el procedimiento de actuación de quienes tienen atribuido el poder de producir normas, regulan lo que es posible hacer; las condiciones materiales se refieren más bien a un *deber* jurídico, a cómo deben ser y justificarse las normas creadas y, con ello, regulan lo que no está permitido hacer (y, cabría añadir, a veces incluso lo que es obligatorio hacer).

Las condiciones formales son fundamentalmente de tres clases:

a) De *competencia formal*, esto es, exigencia de que la norma haya sido creada por el órgano competente. En un sistema jurídico la potestad de crear normas es una potestad tasada y regulada, de manera que no toda persona u órgano puede dictar normas ni, sobre todo, puede dictar cualquier clase de normas. Un ministro no puede promulgar leyes, un Parlamento autonómico no puede producir leyes orgánicas, un consistorio municipal carece de competencia formal para dictar Reales Decretos, etc. Existe un cierto nexo de unión entre cada autoridad normativa y cada *nomen iuris* normativo, y se comprenderá que esta clase de condiciones formales son cumplidas por casi todas las normas. Su infracción da lugar a un vicio por falta de competencia formal.

b) De *procedimiento*. La validez de la norma requiere, en segundo lugar, que se haya observado el procedimiento establecido para la creación de normas y, concretamente, el establecido para la creación del tipo de normas de que se trate. La norma es la expresión de un acto de voluntad, pero ese acto no puede manifestarse de cualquier manera, sino sólo de aquella que está prescrita en la norma que regula la producción normativa.

Aunque por abreviar hablamos de actos normativos para referirnos al origen de las normas, no se trata por lo común de actos singulares realizados por un solo sujeto, sino de procedimientos complejos en los que intervienen varios sujetos u órganos. También la infracción de esta exigencia conduce a la invalidez de la norma por vicio formal de procedimiento. Así, sería inválida una ley que en su tramitación no hubiera

sido sometida al trámite de enmienda o debate por parte de los grupos parlamentarios de las Cámaras; o una ley orgánica que no hubiese sido votada favorablemente por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (art. 81.2 CE).

c) De *competencia material*. Cada tipo de normas (ley orgánica, ley, decreto...) no sólo aparece vinculada a un sujeto (Parlamento, Gobierno) y a un procedimiento, sino con frecuencia también a un cierto ámbito material de regulación. No estamos hablando todavía de lo que la norma prohíbe, manda o permite, sino a propósito de qué lo hace, de cuál es el objeto de su regulación. Por ejemplo, una Ordenanza Municipal que tipificase delitos y penas sería una norma inválida, dado que de acuerdo con nuestro sistema este tipo de normas sólo pueden adoptarse mediante ley (art. 25 CE). Cuando esto se produce, se habla de vicio de competencia material.

Entre los vicios de incompetencia formal y material no existe ninguna diferencia teórica, pero sí importantísimas diferencias prácticas. Sería muy raro que las Cortes de Castilla-La Mancha se empeñasen en dictar una ley orgánica y, si lo hicieran, el juicio de validez resultaría fácil e indiscutible: las leyes orgánicas sólo pueden producirlas las Cortes Generales. Sin embargo, es perfectamente verosímil que ese o cualquier otro Parlamento autonómico pretenda regular una *materia reservada* a la ley orgánica o cualquier otra materia que, de acuerdo con las normas que distribuyen la competencia material, se halle fuera de su esfera propia. Hasta tal punto es verosímil (y frecuente) que incluso existen mecanismos jurisdiccionales específicos para resolver este tipo de problemas, los llamados conflictos de competencias. Pero aquí el juicio de validez se torna enormemente más complicado, dado que su resolución requiere interpretar el alcance de las normas de competencia, no siempre claras ni concluyentes. Por ejemplo (y no es del todo hipotético), si el régimen de pesca marítima se atribuye al Estado y el cuidado medioambiental de los fondos marinos corresponde a las Comunidades Autónomas, ¿quién es el competente para regular la pesca de coral?

d) Si las condiciones formales de validez son tres, la condición material sólo es una; pero mucho más difícil de comprobar o, dicho técnicamente, mucho más dependiente de la interpretación. El motivo es que el juicio sobre las condiciones formales se fija sólo en el acto normativo y en el procedimiento y esto es algo que (con las reservas que acaban de hacerse) no requiere examinar el contenido de la norma, dado que propiamente no tienen que ver con la norma en sí; por tanto, su constatación no requiere interpretar la disposición normativa. No sucede así con la comprobación de un vicio material: para saber si una norma es con-

tradictoria con lo establecido en una norma superior es preciso hacer no una, sino dos interpretaciones: de la norma superior y de la inferior.

Aunque hemos de volver varias veces sobre esto, una característica del Derecho es que sus normas se encuentran jerárquicamente ordenadas, lo que se traduce en la obligación por parte de las inferiores de respetar lo establecido por las superiores. La infracción de esta exigencia supone la invalidez de la norma inferior por vicio sustantivo o de contenido. Por ejemplo, éste es el caso de las leyes contrarias a algún precepto material de la Constitución (así los que enuncian derechos fundamentales), cuya invalidez es declarada por el Tribunal Constitucional.

Esto nos permite mostrar que en el concepto de validez intervienen en realidad dos clases de criterios que, en terminología kelseniana, podemos llamar dinámico y estático. En virtud del primero, una norma es válida cuando el hecho de su creación viene autorizado por otra norma del sistema, con independencia de cuál sea su contenido; las condiciones de competencia (formal y material) y de procedimiento responden a este criterio, pues nos dicen quién y cómo puede producir una norma. En cambio, el criterio estático supone que una norma es válida cuando su contenido —lo que manda, prohíbe o permite— puede derivarse del contenido de una norma superior del sistema o, al menos, cuando no entra en contradicción con la misma: la condición material o sustantiva que hemos comentado en último lugar pertenece a esta categoría. Pues bien, conviene advertir que tradicionalmente los juristas como Kelsen han considerado el sistema jurídico como un sistema fundamentalmente dinámico, razón por la cual veían en la Constitución —no sin buenas razones en su época— una simple norma de atribución de competencias cuyo eventual contenido programático carecía de fuerza vinculante. Hoy las cosas son de un modo muy distinto y el criterio estático o de adecuación sustantiva a la Constitución desempeña un papel esencial.

Una última cuestión que cabe discutir es la relativa al papel de la derogación en relación con la validez de las normas. Se ha dicho que validez equivale a existencia jurídica, pero ¿existe una norma jurídica derogada? De entrada, hay que decir que invalidez no es lo mismo que derogación. La validez es una propiedad objetiva de la norma y, en principio, no tiene un carácter temporal: una norma, si es válida, lo es desde su producción; y, si es inválida, lo mismo. La derogación, en cambio, supone la eliminación o supresión de una norma válida (al menos que puede ser válida) mediante el dictado de otra norma posterior. Sin embargo, hay que reconocer que sus efectos son bastante parecidos y quizás por eso algunos autores incluyen la no derogación como una condición negativa de la validez de la norma.

Con todo, al menos en nuestro sistema parece que conviene distin-

guir entre invalidez y derogación, al menos por dos motivos: primero, una norma inválida no ha pertenecido nunca al sistema y, por tanto, no debe tener efecto ni capacidad regulativa alguna; por eso, cuando se declara su invalidez, ésta ha de tener, en línea de principio, carácter retroactivo, la norma no existió nunca. En cambio, la derogación supone que la norma ha estado vigente hasta el día de su derogación y dado que la norma derogatoria (también en línea de principio) no puede tener efectos retroactivos, ello significa que la norma derogada debe seguir siendo aplicable por los jueces para regular los hechos o situaciones nacidos a su amparo. Segundo motivo: porque invalidez y derogación son cosas distintas, nada impide que se declare la invalidez de una norma derogada.

Ahora bien, estas diferencias han de matizarse. Para empezar, no todos los sistemas disponen de mecanismos para declarar la invalidez de las normas (al menos de las leyes), de manera que en esos sistemas la única manera de eliminar con carácter general una norma inválida es dictando una norma derogatoria. Pero incluso en los sistemas que, como el español, reconocen fórmulas para la declaración de invalidez, las diferencias se atenúan por lo que se refiere a los efectos temporales: hemos dicho que en línea de principio una norma inválida lo es desde el momento de su producción y, por tanto, no ha de generar efecto alguno. Sin embargo, pueden ocurrir dos cosas: primero, que la invalidez sea sobrevenida, fruto —al igual que la derogación— del dictado de otra norma posterior; y segundo que, en cualquier caso, la declaración de invalidez respete ciertos efectos producidos por la norma invalidada. De ambas cuestiones nos ocupamos en otro lugar, pero, por el momento, baste observar que si la invalidez es sobrevenida o si se respetan algunos efectos de la norma invalidada, entonces la situación es de lo más parecido a la que se ha señalado para la derogación.

Y hemos dicho también que, en virtud del principio de irretroactividad (de la norma derogatoria), en línea de principio la norma derogada sigue desplegando efectos sobre las situaciones nacidas bajo su vigencia. Pero de nuevo aquí las cosas pueden discurrir de otra manera porque el principio de irretroactividad no carece de excepciones: la norma derogatoria (salvo que sea una norma penal que perjudique al reo) puede concederse a sí misma efectos retroactivos, en cuyo caso la norma derogada pierde todo efecto y deja de regular cualquier objeto o situación, aunque haya tenido lugar bajo su vigencia; y, por otro lado, la norma derogatoria habrá de ser necesariamente retroactiva si resulta que es una norma penal que favorece al reo.

La conclusión es, pues, que invalidez y derogación son dos cosas distintas, pero que tienen o pueden tener un efecto parecido, que es la inexistencia jurídica de la norma.

3. *Validez, pertenencia, existencia*

Hasta aquí hemos usado estos tres conceptos como si fueran sinónimos o estuvieran necesariamente implicados: la validez equivale a existencia jurídica y ésta se determina a través de la constatación de los criterios o condiciones que establece el propio sistema para considerar que una norma pertenece al mismo. Sin embargo, esta forma de ver las cosas plantea algunas dificultades. La primera —que aquí no desarrollaremos— es que resulta inservible para explicar la existencia de la norma primera del sistema, que obviamente no puede reunir las condiciones de pertenencia, dado que es ella misma quien las establece; por tanto, la «validez» o existencia jurídica de esa norma primera o no derivada deberá basarse en consideraciones o criterios distintos. El segundo problema viene dado por las que pudiéramos llamar patologías del sistema jurídico; esto es, por la existencia de normas *puestas* e incluso observadas por los individuos y por los órganos del sistema que, sin embargo, son inválidas en el sentido de que no cumplen alguna de las exigencias que acabamos de exponer. Lo cual significa que la norma válida en el primer sentido es siempre susceptible de aplicación, pero que no toda norma que es susceptible de aplicación o que de hecho se aplica ha de ser necesariamente válida en ese sentido. Aquí es donde aparece el concepto de mera existencia o «existencia fáctica» (Bulygin), o también pertenencia sin validez. Así, pues, la norma válida es una norma que existe y pertenece al sistema porque cumple todas las condiciones de validez; norma meramente existente, en cambio, es la que no cumple *todas* las condiciones de validez.

La distinción entre invalidez e inexistencia —que ya fue anunciada en la lección anterior— tiene un interés práctico importante en aquellos sistemas que, como el español, reservan a un órgano especial como es el Tribunal Constitucional la declaración de invalidez de las leyes. Si se acepta la distinción, resultaría que la invalidez sólo podría ser declarada por dicho Tribunal, pero la inexistencia, en cambio, podría ser apreciada por cualquier operador jurídico, singularmente por cualquier juez. Pero ésta es una distinción que no está apoyada en ninguna norma de Derecho positivo y entonces la dificultad comienza a la hora de dictaminar qué tipo de vicios determinan *sólo* la invalidez y cuáles la inexistencia. Mejor dicho: ya hemos dicho que cualquier vicio es causante de la invalidez, pero ¿qué vicio ha de presentar una norma para que, además de inválida, pueda considerarse inexistente?

Guastini ha mantenido que una norma es inexistente cuando presenta un vicio de incompetencia formal (el ejemplo del alcalde que dicta una ley) o cuando en su elaboración se han desconocido *todas* y no sólo algu-

nas de las normas de procedimiento. En cambio, si el vicio es de competencia material o de carácter sustantivo, entonces la norma será inválida, pero existente. La verdad es que, visto así, no se comprende por qué entre los vicios de inexistencia no se incluyen algunas infracciones de las normas de competencia material (por ejemplo, la Ordenanza Municipal que impone penas de privación de libertad), e incluso de las normas sustantivas (por ejemplo, una ley reguladora de la tortura policial o judicial); pero en todo caso el problema es que la frontera entre la inexistencia y la invalidez no resulta en absoluto clara. Parece que, en el fondo, lo que se quiere decir es esto: cuando el vicio es fácil de detectar, cuando salta a la vista de cualquier profano, entonces la norma es inexistente; si requiere algún esfuerzo interpretativo, en cambio, la norma es existente, aunque inválida. Esta suposición no carece de sentido, pues; al cumplir las exigencias formales o «de presentación», estas normas existentes tienen cuando menos una «apariencia de validez»; por lo común, los vicios sustantivos y de competencia material sólo pueden constatarse tras una actividad interpretativa más complicada.

Sea como fuere, esto es, aceptemos o no la distinción entre existencia y validez, lo dicho hasta aquí pone de relieve que en el sistema existen normas inválidas. Pero entonces, decididos a aceptar un concepto de existencia donde no concurren todas las condiciones de validez examinadas, por hipótesis no parece que deba excluirse la existencia de normas que, sencillamente, prescindan de todas esas condiciones. Recurriendo a un ejemplo extremo, si con motivo de un golpe de Estado la nueva autoridad dicta un bando estableciendo la pena de muerte para cuantos resistan la rebelión, es obvio que ésa no será una norma perteneciente al sistema, pues no reúne ninguno de los requisitos exigidos para ello, ni los formales de competencia y procedimiento, ni los sustantivos de respeto a la Constitución; pero podrá llegar a ser una norma jurídicamente existente y, a la postre, fundamento de una nueva cadena de validez.

Kelsen intentaba explicar este fenómeno de una manera bastante ingeniosa. De un lado, tratándose del bando militar que rompe el orden jurídico, Kelsen reconoce la fuerza normativa de la desnuda eficacia: «de acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una constitución eficaz normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado». De otro lado, en relación con las normas formalmente válidas que, no obstante, incurren en alguna infracción de preceptos sustantivos superiores, lo que acontece —dice Kelsen— es que la norma suprema o fundamental ha previsto dos formas distintas de habilitación, una expresa y otra tácita, de manera que el juez o el legislador pueden optar por una u

otra. Tomemos el supuesto de la sentencia ilegal: que el orden jurídico confiere fuerza de Derecho a las decisiones jurisdiccionales firmes significa que dos normas generales están en vigor simultáneamente; la una determina por adelantado el contenido de la sentencia; esto es, se trata de la ley que ha de ser aplicada; la otra (implícita) autoriza a crear la norma individual que, de hecho, el Tribunal dictará. Es decir, que el contenido de la norma individual puede venir determinado por la ley o también, alternativamente, por el propio Tribunal cuya decisión sea inapelable:

La situación jurídica ha de ser descrita diciendo que el orden jurídico no sólo autoriza a los órganos aplicadores del Derecho a crear una norma individual que concuerde con una norma general [...] sino también a crear una norma individual que no concuerde con aquella norma general.

La idea resulta excesivamente artificiosa. No existen habilitaciones tácitas o implícitas, ni tiene sentido afirmar que una norma es válida cuando reúne las condiciones establecidas por el sistema o bien, alternativamente, cuando no las reúne, pero logra imponerse por la fuerza de los hechos (Calsamiglia). Por otra parte, tampoco se comprende bien que la norma absolutamente inválida explique su existencia en el mero hecho de la eficacia, y que la norma que cumple las condiciones de competencia y procedimiento, pero no las de contenido, alcance su validez mediante una misteriosa habilitación implícita. En suma, resulta más sencillo aceptar que los juristas usan dos conceptos diferentes de existencia (que a veces llaman validez): uno primero nos dice que la norma es válida cuando cumple las exigencias establecidas por el sistema y otro nos indica que la norma es *sólo* existente cuando está *puesta*, cuando de alguna manera se aplica o es posible que se aplique. Llevado al extremo de las normas absolutamente inválidas, pero existentes, se dirá que con ello se hace imposible distinguir la norma jurídica de la amenaza de un bandido, y es cierto: cuando el bandido logra hacerse obedecer con una cierta permanencia y generalidad, cuando es capaz de delegar en sus inferiores, creando un entramado de normas, no hay manera de distinguir su «orden» normativo de un orden jurídico. De ahí que las formas de delincuencia organizada, como las sociedades mafiosas o terroristas, sean calificadas como contraordenamientos, ostentando un «carácter institucional y cuasi jurídico» (Lamarca).

Lección 7

EFICACIA

1. *Significados de eficacia*

En el lenguaje común el término «eficacia» no tiene un significado unívoco; y asimismo en el lenguaje técnico de los juristas, sociólogos, etc., cuando se predica la eficacia como una cualidad de las normas o del Derecho en su conjunto tampoco se piensa siempre en las mismas cosas. De los distintos focos de significación destacaremos aquí sólo tres, que de una forma muy aproximativa podemos llamar jurídico o dogmático, político y sociológico. Curiosamente el que presenta mayor interés para una teoría del Derecho es el sociológico.

En sentido jurídico o dogmático, cuando se habla de la eficacia de los actos o de las normas se quiere aludir a los efectos o consecuencias que los mismos presentan, de acuerdo con las previsiones establecidas por el propio ordenamiento para ese tipo de actos o normas. La eficacia es así la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos. Un testamento, un contrato de compraventa o una norma son eficaces cuando resultan idóneos para producir aquellos efectos que se pretenden con cada uno de esos actos o documentos y que, además, están así previstos en el sistema. Algunos de esos efectos se hacen patentes de forma directa en la misma institución (transmitir la propiedad, por ejemplo), mientras que otros se derivan de forma más o menos indirecta (si la compraventa es eficaz, además de generarse unas obligaciones para las partes, nacen posiciones subjetivas para reivindicar su tutela judicial).

Se comprenderá, pues, que este concepto de eficacia resulta ser muy cercano al de validez. Si el acto o la norma son válidos es que son idóneos para producir efectos o, si se quiere, es que son eficaces desde un punto

de vista jurídico; si no son válidos, entonces el sistema no los reconoce como propios y no les atribuye consecuencia alguna, o sea, carecen de eficacia. Ciertamente, ya hemos visto que algunos actos o normas pueden pertenecer al sistema, aunque no sean válidos. No es «válida» la Constitución o las leyes inconstitucionales no anuladas y, sin embargo, producen efectos. Por eso, el concepto de eficacia así entendido es algo más amplio que el de validez y viene a coincidir con el de existencia o pertenencia: toda norma válida es eficaz en sentido jurídico, es decir, resulta susceptible de producir efectos jurídicos siempre que se produzcan las circunstancias en ella previstas, pero no toda norma que es eficaz tiene que ser necesariamente válida (basta con que exista o pertenezca al sistema).

Esa vecindad entre los conceptos de validez y eficacia jurídica se acredita en el hecho de que los ámbitos de la eficacia de las normas suelen denominarse —creo que impropriamente— ámbitos de validez. En realidad, la validez parece ser una propiedad que no tiene ámbitos más o menos amplios, sino que es siempre igual respecto de todos los actos o normas de los que se predica; son más bien los actos o normas, una vez que son válidos (y lo son todos por igual), los que pueden poseer unos efectos diferenciados, que son justamente los que prescribe el ordenamiento positivo. Cuatro son los ámbitos de eficacia: material, temporal, personal y espacial.

La eficacia material es distinta en cada norma y depende de los efectos que haya querido atribuir o reconocer la autoridad que la ha producido: tutelar un derecho, imponer una obligación, organizar una institución, etc. Desde el punto de vista temporal, las normas pueden tener una eficacia retroactiva o irretroactiva: en el primer caso, la norma pretende disciplinar los casos o situaciones producidas con anterioridad a su promulgación; en el segundo, sólo los acontecidos con posterioridad a ese momento. Desde el punto de vista del ámbito personal, se distingue entre eficacia *erga omnes* o *inter partes*; la eficacia *erga omnes* significa que la norma puede ser invocada o hecha valer por cualquiera, razón por la cual ha de ser publicada (así una ley o una sentencia de inconstitucionalidad), mientras que cuando la eficacia es *inter partes* los efectos sólo se extienden a un círculo determinado de personas, generalmente a quienes de algún modo intervinieron en el acto de producción (por ejemplo, las sentencias de la justicia ordinaria suelen tener este carácter, un contrato, etc.). Por último, atendiendo al criterio espacial, las normas pueden tener una eficacia territorial o personal: se dice que es territorial cuando la norma es aplicable a los hechos que han tenido lugar en un cierto territorio (del Estado, de una Comunidad Autónoma, de un Municipio), con independencia de quién realice o participe en

esos hechos; en cambio, una norma tiene eficacia personal cuando es aplicable a los sujetos en los que concurra una cierta circunstancia o cualidad, con independencia de que se hallen en un territorio u otro; son, cabe decir, normas de eficacia extraterritorial (así, normas que se aplican sólo a los nacionales de un país). El estudio pormenorizado de las distinciones que se acaban de hacer corresponde a las distintas dogmáticas.

En el sentido que he llamado político la eficacia de las normas alude a la satisfacción o realización de las finalidades u objetivos sociales o políticos en vista de los cuales fueron establecidas esas normas. Como ya sabemos, el Derecho es un instrumento para ordenar la sociedad de acuerdo con un cierto modelo o proyecto ideológico, filosófico, etc., y cuando el legislador dicta una norma en principio hemos de pensar que lo hace para algo, para producir un impacto en la sociedad a través de la orientación de las conductas de los destinatarios. A veces, las normas se muestran como instrumentos idóneos para alcanzar esos fines y entonces se dice que son eficaces; pero en otras muchas ocasiones el legislador no acierta en el diseño de la norma y ésta o no produce los efectos esperados o incluso obtiene justamente los contrarios.

Con todo, cuáles sean las finalidades que persiguen las normas es cuestión que no siempre resulta clara. En algunas normas la finalidad parece deducirse de su mismo contenido prescriptivo; por ejemplo, se supone que la tipificación penal de los homicidios persigue que éstos no se produzcan o que disminuya su número, y la eficacia de dicha tipificación dependerá de la medida o grado en que se alcance ese objetivo, cuya consecución por otra parte depende de muchas circunstancias y no sólo de la existencia de una norma penal. Sin embargo, otras muchas normas son puramente instrumentales, es decir, de su contenido prescriptivo no se deduce de modo evidente qué es lo que pretenden; a veces, puede resultar relativamente fácil de determinar (la prohibición de beber que pesa sobre los conductores no pretende que éstos abandonen el alcohol, sino que se reduzcan los accidentes de tráfico), pero en otras ocasiones pueden resultar dudosos los fines que se persiguen y, con ello, hacer más difícil la evaluación de la eficacia de la norma (por ejemplo, la prohibición de la venta ambulante puede responder a motivos sanitarios, fiscales, de protección del comercio estable, etcétera).

En cualquier caso, como veremos de inmediato, esta forma de enfocar el problema de la eficacia de las normas presenta una notable importancia —no ya política en sentido lato, sino jurídica— desde el momento en que el modelo constitucional de Estado de Derecho propone una serie de fines u objetivos que *deben ser* perseguidos por las normas inferiores. Que estas últimas resulten eficaces para alcanzar los objetivos

prescritos es así un criterio fundamental para juzgar el grado de cumplimiento de la Constitución. Por eso, cabe denominarla «eficacia como resultado», esto es, se trata de determinar si el resultado de la vigencia de la norma es el previsto o deseado en el marco de un ordenamiento; se trata, por ejemplo, de determinar si las normas que regulan la política de vivienda son eficaces para dar cumplimiento al derecho que la Constitución proclama a una vivienda digna y adecuada (art. 47).

Finalmente, el que he llamado sentido sociológico se refiere al grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios, lo que también puede denominarse «efectividad» de la norma (Capella). Las normas, cualquiera que sea su objetivo último y la medida en que lo alcancen, tienen un cierto contenido prescriptivo, un deber ser que socialmente o en la práctica puede ser realizado y cumplido en mayor o menor medida. Se trata, pues, de la eficacia entendida como cumplimiento, y generalmente cuando en teoría del Derecho se habla de la eficacia de las normas se alude precisamente a esta acepción, al grado de cumplimiento o respeto por parte de quienes vienen obligados a realizar la conducta prescrita.

Aun cuando luego nos ocuparemos con mayor atención de este significado de eficacia, conviene advertir que el problema del cumplimiento de las normas puede ser enfocado desde dos perspectivas distintas, aunque complementarias, y que de una forma un poco libre podemos llamar del antecedente y del consecuente: una norma se cumple y es eficaz si los destinatarios ajustan su comportamiento a lo que ella prescribe, pero también lo es si los órganos jurídicos (los jueces básicamente) son capaces de imponer la consecuencia prevista en las normas para caso de incumplimiento. Por supuesto, desde muchos puntos de vista no es indiferente que una norma alcance eficacia a través del cumplimiento voluntario —ya responda esa voluntariedad al convencimiento moral, al temor al castigo o a la simple comodidad— o que lo haga a través de la imposición coactiva o de la sanción; pero, a nuestros efectos, podemos trabajar con un concepto unitario: tan eficaz es la norma penal que prohíbe el robo si resulta que nadie roba como si todos los ladrones sufren la sanción correspondiente.

2. Eficacia como resultado y como cumplimiento

Como acaba de indicarse, muchas veces cuando se habla de eficacia o ineficacia del Derecho o de alguna de sus normas se quiere aludir a los resultados sociales o políticos (es decir, distintos de los efectos jurídicos inmediatos) que presuntamente se persiguen. Ello implica una *con-*

cepción instrumental del orden jurídico al servicio de determinados fines, fines que también a veces figuran de forma explícita en otras normas jurídicas, generalmente constitucionales (el pleno empleo, la divulgación de la cultura, etc.). Partiendo de esta acepción, el juicio de eficacia se basa en un análisis de hecho que interesa en particular a la política jurídica, esto es, al estudio y diseño de las instituciones para que, mediante un cálculo de utilidad, éstas alcancen los mejores resultados con los menores costes o sacrificios.

De este modo, si compartimos que un cierto objetivo constituye un objetivo propio del sistema o de algún sector del mismo, la mayor o menor eficacia de una norma se medirá por su grado de contribución al mismo; si el conjunto de las reglas procesales han de orientarse a la tutela de los derechos o, como suele decirse, a la realización de la justicia, su eficacia dependerá de la medida en que efectivamente lo logren. Por ello, la eficacia así entendida adquiere particular importancia en el marco del llamado Estado social, que es un Estado provisto de fines acerca de cómo deben configurarse las relaciones económicas, el acceso a ciertos bienes como la sanidad, la educación, etc., y que por tanto genera una gran cantidad de normas instrumentales: ayudas y subvenciones, organización de servicios, intervención en el mercado, etcétera.

Sin embargo, lo decisivo desde un punto de vista jurídico es si esos fines u objetivos resultan ser externos o internos al propio sistema jurídico. Cabe decir que son fines externos aquellos que el legislador pueda proponerse como óptimos de acuerdo con su proyecto político; internos serían, en cambio, aquellos que en principio no resultan disponibles para el legislador porque aparecen expresamente consagrados en normas constitucionales, siquiera sea de un modo genérico o poco concluyente. Ésta es una peculiaridad del constitucionalismo contemporáneo sobre la que hemos de insistir en más de una ocasión: al margen de los legítimos objetivos del legislador (de las sucesivas mayorías), existen un buen número de fines plasmados en la propia Constitución, desde los más abstractos o genéricos (la libertad, la justicia o la igualdad del art. 1.1) a los más concretos o específicos (el derecho a una vivienda digna del art. 47).

Pues bien, debe advertirse que si tanto la norma fin como la norma instrumento se hallan reconocidas por el Derecho, el problema de la eficacia puede plantearse en relación con cualquiera de ellas; es decir, cabe preguntarse si el conjunto de normas que forman la política de vivienda del Gobierno es eficaz para que todos realicen su «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», pero puede preguntarse también si esta norma superior es eficaz. En realidad, aquí hemos dado entrada a un segundo concepto de eficacia, pues ya no se trata de que el precepto constitucional resulte idóneo para alcanzar un fin —dado que

él mismo encarna un fin—, sino de si es capaz de imponerse en la realidad, si es capaz de asegurar que las demás normas (instrumento) satisfagan o realicen lo que manda.

Nos hallamos, pues, ante dos conceptos de eficacia: la eficacia como resultado, predicable de la norma instrumento que ha de perseguir un fin; y la eficacia como cumplimiento, que es predicable de toda norma, y en este caso de la norma constitucional que impone un fin.

La eficacia como cumplimiento presenta un carácter prioritario en el sentido siguiente: una norma puede ser absolutamente eficaz porque todos los destinatarios la observan y, sin embargo, resultar ineficaz para alcanzar los fines hacia los que debería enderezarse (porque esté mal diseñada, por ejemplo). No ocurre igual a la inversa: si nadie cumple la norma, difícilmente podrá satisfacer su objetivo. Ello nos muestra que la eficacia como cumplimiento constituye una condición necesaria pero no suficiente de la eficacia como resultado.

Como sabemos, entendida como cumplimiento, una norma es eficaz cuando los destinatarios ajustan su comportamiento a lo prescrito en la misma o al menos, en los casos en que esto no ocurre, cuando la norma tiene fuerza bastante para imponer la consecuencia en ella prevista como reacción al incumplimiento. Naturalmente, esto comporta una cierta indeterminación: casi con seguridad no existe ninguna norma en el sistema que sea absolutamente eficaz, pero entonces ¿cuántos actos de cumplimiento y durante cuánto tiempo son necesarios para decir que la norma es eficaz? No hay una respuesta concluyente. Con todo, y asumiendo que el de eficacia es un concepto gradual, creo que combinando los dos elementos enunciados —cumplimiento voluntario y reacción en caso de incumplimiento— es posible proponer la siguiente escala de eficacia (Bobbio):

a) Normas que se cumplen espontáneamente sin necesidad de recurrir a la sanción y, en muchos casos, sin que los destinatarios sean conscientes de que existe una prescripción jurídica; por ejemplo, el artículo 154 del Código civil establece que los padres en relación con los hijos deberán «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos...»; esto es, prescribe una conducta generalmente observada por los padres y cuya motivación no se halla tanto en el mandato civil, ni en las amenazas previstas en el Código penal para caso de incumplimiento (arts. 226 ss.), sino en consideraciones morales, en prácticas sociales, etc. Son muy numerosas las normas que gozan de esta eficacia y, es más, de no ser así resultaría difícil concebir un sistema globalmente eficaz apoyado sólo en la amenaza del castigo.

b) Normas que generalmente se obedecen, pero más por el temor a la sanción que por la espontánea asunción de su contenido por parte de

los destinatarios. Ésta es una clase de eficacia que suele caracterizar a las normas jurídicas que no coinciden con las normas morales observadas por la comunidad o que protegen valores poco compartidos; o también a las normas meramente procedimentales que sirven una finalidad organizacional o de seguridad jurídica. Un ejemplo del primer tipo son quizás las leyes tributarias, en relación con las cuales todo parece indicar que no se ha desarrollado un sentimiento colectivo acerca de su justicia o necesidad, de manera que se cumplen *porque*, de lo contrario, se anuncia una sanción. Un ejemplo del segundo tipo pueden ser las reglas procesales que establecen un plazo para interponer una demanda o recurso; simplemente se cumplen para no perder la acción, pero no porque el sentido común o alguna consideración moral nos indique que ese plazo establecido en la ley es el más razonable.

c) Normas que habitualmente se incumplen a pesar de aplicarse sanciones. A primera vista, parece una hipótesis poco probable, pues implica que la sanción prevista para el incumplimiento resulta menos gravosa o costosa que el propio comportamiento obligado; o también, desde otra perspectiva, que ese comportamiento es tan intolerable para la mayoría que prefieren sufrir la sanción. Un caso del primer tipo pueden ser algunas normas administrativas que imponen obligaciones muy costosas a las empresas para evitar la contaminación, para garantizar la seguridad en el trabajo, etc., y puede ocurrir (de hecho ha ocurrido) que las sanciones resulten más «baratas» que la instalación de las medidas obligadas. Mayor gravedad presenta el segundo supuesto: que los destinatarios consideren tan intolerable la conducta prescrita y prefieran padecer la sanción es lo que caracteriza a las actitudes de desobediencia al Derecho moralmente motivadas; actitudes de ordinario minoritarias que no lesionan de forma grave la virtualidad de la norma, pero que si se generalizan pueden conducir a una pérdida general de eficacia; más o menos, es lo que sucedió con la insumisión en los últimos tiempos del servicio militar obligatorio.

d) Normas que generalmente se incumplen sin que ni siquiera el aparato coactivo sea capaz o tenga interés en imponer la sanción correspondiente. Sin duda, éste constituye el grado mínimo de eficacia y suele conocerse como *desuetudo*, un problema del que luego nos ocuparemos.

El esquema que acabamos de desarrollar está pensado para dar cuenta de la eficacia de las normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos. Un problema especial lo plantean las normas que, de un modo u otro, imponen obligaciones para los propios poderes públicos, como es el caso de muchas normas constitucionales que establecen objetivos sociales, derechos prestacionales, etc. Aquí los dos conceptos de eficacia (como cumplimiento y como resultado) se superponen, pues ocurre que

el cumplimiento, la eficacia como obediencia, de tales normas constitucionales requiere la existencia de normas de orden inferior que sirvan de instrumento para la satisfacción de los objetivos establecidos en las primeras; esto es, sin eficacia instrumental o como resultado de las normas inferiores no se alcanza la eficacia final o como cumplimiento de las superiores.

Esto significa que la eficacia de esas normas superiores depende, naturalmente, de que se observe el comportamiento que de ellas se deriva o viene exigido; pero, como dicho comportamiento ha de plasmarse en otras normas instrumentales, lo que ocurre en definitiva es que la eficacia de ciertas normas depende no de un suceso externo como es la conducta de los ciudadanos, sino de un hecho jurídico como es la existencia de otras normas. En otras palabras, en ocasiones la eficacia no remite a lo que ocurre fuera del sistema jurídico, en la sociedad, sino a lo que acontece dentro de él, propiamente al comportamiento de los agentes jurídicos.

En este sentido, creo que puede decirse que si observamos el sistema jurídico de abajo hacia arriba lo que encontramos son juicios de validez, mientras que si lo observamos de arriba hacia abajo adoptamos el punto de vista de la eficacia. Me explico: la norma inferior es válida en la medida en que se ajuste al «deber ser» prescrito en la norma superior; pero ésta, a su vez, es eficaz en la medida en que la inferior satisfaga su mandato. En palabras de Ferrajoli, la coherencia y la incoherencia entre normas de distintos nivel vienen a coincidir de un lado con la validez y la invalidez de la norma inferior respecto al «deber ser» establecido en la superior; de otro, con la efectividad y con la ineffectividad de la norma superior respecto al «ser» o al «no ser» de hecho de la inferior.

3. Eficacia y validez

Sabemos que dentro de la categoría de las normas existentes no todas han de ser válidas; algunas pertenecen al sistema o existen en virtud del principio de eficacia, porque están «puestas» y son o previsiblemente serán normas eficaces y aplicables por los operadores jurídicos: la sentencia firme pero ilegal, la ley inconstitucional, etc. Ello significa que la validez no es una condición de la eficacia o, si se prefiere, que una norma eficaz no tiene que ser necesariamente válida, pero ¿ocurre igual a la inversa?, ¿cabe decir que la eficacia es independiente de la validez y que, por tanto, podemos encontrar normas válidas pero ineficaces?

Kelsen parecía admitirlo de manera muy limitada: «una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz, antes de ser obedecida y

aplicada», y así ocurre en verdad que cuando aparece una ley en el *Boletín Oficial del Estado* decimos que es válida, aunque nadie haya tenido oportunidad de obedecerla o aplicarla. Esta situación, por otra parte, puede hacerse duradera e incluso cabe pensar que algunas normas no se apliquen nunca; por ejemplo, el artículo 60.1 CE establece quién ha de ser tutor del Rey en caso de minoría de edad, pero es posible que jamás se produzca esa situación; de hecho, en este cuarto de siglo de vida constitucional no ha habido oportunidad de aplicar la comentada norma. Sin embargo, el propio Kelsen añadía que si una norma permanecía ineficaz durante largo tiempo, pudiendo y debiendo haber sido aplicada por darse las circunstancias en ella previstas, entonces perdía su validez.

Ahora bien, condicionar la validez a la eficacia en estos términos supondría que la norma en cuestión deja de pertenecer al sistema jurídico y, por tanto, pierde incluso su posibilidad potencial de aplicación futura. Éste es el fenómeno de la *desuetudo*, que Kelsen describe del siguiente modo:

[...] la *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de Derecho, entonces también el Derecho escrito puede ser derogado por un Derecho consuetudinario. Si la eficacia [...] es condición de validez, no sólo del orden jurídico como un todo, sino también de una norma jurídica aislada, entonces la función productora de Derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita.

Esto significa que la eficacia, que no era un requisito necesario para la adquisición de la validez de la norma, se transforma en una condición suficiente para su pérdida.

A mi juicio, la aceptación de la *desuetudo* plantea dificultades muy serias, porque ¿cuántos actos de desobediencia a la norma son precisos para considerar que ésta ha perdido su eficacia y, con ella, la validez?, ¿cuántos jueces tienen que rehusar su aplicación?, ¿cómo estar seguros de que en el futuro un operador jurídico no hará uso de una norma válida y no derogada? Ya he señalado que estas preguntas carecen de una respuesta concluyente: siempre es posible que una norma válida y no derogada sea aplicable.

Es verdad que ello nos obliga a considerar como válidas normas antiquísimas que han dejado de aplicarse y que, con toda probabilidad, nunca recobrarán su eficacia; así una vieja ley que declaraba indignos a los cómicos, prohibiéndoles sepultura eclesiástica, o un Reglamento de 1928 que obligaba a los médicos a llevar consigo «instrumentos de amputación y trepanación, fórceps...». Aquí el desuso se acompaña de una

mutación valorativa y tecnológica que no puede ser indiferente al Derecho; por ejemplo, es seguro que la ley sobre los cómicos ha devenido inconstitucional por violación del principio de igualdad, mientras que la relativa a los médicos ha quedado vacía de contenido gracias al desarrollo científico (es, como suele decirse, una norma obsoleta). Con todo, éste es un problema que afecta a la dimensión predictiva de la tarea del jurista, es decir, que afecta a la pregunta acerca de qué posibilidades tiene una norma ineficaz para recuperar su eficacia, pregunta cuya respuesta depende de muchos factores, pero que carece de un criterio seguro. Los dos ejemplos propuestos son casos claros, pero ¿qué decir de otras normas más recientes que han podido caer en desuso y contra las que no cabe formular ningún reproche de inconstitucionalidad? Nuestro juicio sobre su eventual «revitalización» no pasa de ser una predicción.

Sea como fuere, las distinciones que se hicieron en la lección anterior entre validez y existencia nos permiten enfocar adecuadamente el problema de la *desuetudo*. Por validez se entiende la existencia de la norma en cuanto que tal norma; es decir, la expresión de un «deber ser»; y una norma es válida cuando cumple los requisitos exigidos por el sistema como criterios de pertenencia. La eficacia se refiere, en cambio, a la existencia empírica, al hecho de que una norma sea observada por sus destinatarios o aplicada por los jueces. En consecuencia, no hay ninguna dificultad para aceptar normas válidas pero ineficaces, o normas eficaces pero inválidas. Desde esta perspectiva creo que el problema de la *desuetudo* encuentra una vía de solución: una ley que cae en desuso o que encuentra frente a sí una costumbre contraria será una norma válida, pero ineficaz; existirá en la dimensión normativa, pero no en la dimensión empírica. Por ello, no hay obstáculo para que en un futuro recobre su eficacia sin necesidad de nueva promulgación.

Este doble nivel de análisis, el de la validez y el de la eficacia, hace de la teoría del Derecho y de la ciencia jurídica en general no sólo una tarea analítica, sino también una labor crítica por cuanto permite contemplar la realidad del Derecho desde la perspectiva del deber ser jurídico, desde la perspectiva de lo que exige el criterio de validez, pero también comprenderlo desde la perspectiva factual de su efectividad (Ferrajoli). Lo que tiene particular importancia si consideramos que el desuso no es un fenómeno marginal, sino una patología que afecta en primer lugar a la Constitución. Dicho en forma algo rotunda, distinguir entre validez y eficacia es una forma de distinguir entre el *ser* constitucional y el *ser* del Derecho vigente, entre lo prometido y lo cumplido.

Porque sin duda todas las normas pueden caer en desuso, pero no deja de ser interesante subrayar que son precisamente las normas que

tienen por destinatarios a los poderes públicos las que con mayor frecuencia padecen un déficit de eficacia o cumplimiento. La eficacia no sólo es predicable de las normas dirigidas a los ciudadanos, cuyo incumplimiento genera una sanción; también puede y debe hablarse de la eficacia de estas otras normas que pretenden obligar a los poderes públicos y que, por lo general, requieren la promulgación de otras normas instrumentales que hagan realidad su «deber ser», otras normas que muchas veces no llegan a existir. Por ello, la Constitución, cuyo valor normativo es indiscutible, representa acaso el principal semillero de esa parálisis jurídica que es la desaplicación o el desuso.

Todo lo cual no significa que entre validez y eficacia se produzca una absoluta independencia. En particular, si tomamos el sistema jurídico en su conjunto parece claro que la eficacia es condición necesaria y suficiente de la validez; y, por eso, el bando militar que altera por completo el ordenamiento adquiere validez desde el momento (o en el ámbito espacial) en que logra suplantarse a la norma básica del sistema precedente, que, en puridad, se transforma en Derecho histórico. Lo que ocurre, en definitiva, es que en relación con el sistema y su norma fundamental no procede hablar de validez, sino sólo de eficacia, pues su existencia no responde a que el acto normativo de creación haya respetado estos o aquellos requisitos formales y sustantivos, sino simplemente a que se imponga por la fuerza de los hechos; como dice Guastini, la validez de la Constitución es un sinsentido, pues su origen es un problema empírico.