

Funciones del Derecho

Neus Torbisco Casals

PID_00239693

Tiempo de lectura y comprensión: **4 horas**





Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

| | |
|---|----|
| Introducción | 5 |
| Objetivos | 9 |
| 1. Relevancia del análisis funcional | 11 |
| 1.1. El auge de la sociología jurídica y la reivindicación del análisis funcional | 14 |
| 2. Análisis funcional y funciones sociales del Derecho | 19 |
| 3. Tipología básica de las funciones del Derecho | 22 |
| 3.1. El Derecho como sistema de control social: las funciones regulativa e integradora | 23 |
| 3.1.1. Control social y regulación de conductas | 24 |
| 3.1.2. Control social e integración | 26 |
| 3.1.3. Técnicas de control social | 30 |
| 3.2. Función de legitimación del poder | 33 |
| 3.3. Seguridad jurídica | 35 |
| 3.3.1. Redacción de normas claras y precisas | 36 |
| 3.3.2. La publicidad de las normas | 38 |
| 3.3.3. El cumplimiento de las normas por parte del estado y su aplicación por parte de los tribunales | 39 |
| 3.4. La justicia como función del Derecho. Algunas observaciones sobre las relaciones entre seguridad jurídica y justicia | 40 |
| 4. La especificidad del Derecho como fenómeno social | 48 |
| Resumen | 51 |
| Actividades | 53 |
| Ejercicios de autoevaluación | 53 |
| Solucionario | 56 |
| Glosario | 57 |
| Bibliografía | 59 |

Introducción

La principal característica que destaca la mayoría de estudios introductorios al Derecho es la ubicuidad de este fenómeno social, es decir, la idea de que el Derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades.

Multitud de normas jurídicas regulan constantemente nuestra conducta como miembros de una sociedad: el Derecho regula nuestras relaciones contractuales, laborales e incluso personales y familiares. De hecho, la mayoría de los actos y actividades cotidianas que realizamos son susceptibles de adquirir una dimensión jurídica. Si nos despertamos por la mañana y la luz no se enciende o el agua no sale de la ducha, probablemente dispondremos de alguna acción legal contra las compañías que suministran estos bienes, suponiendo, claro está, que hayamos pagado puntualmente las facturas; en caso contrario, serán las compañías correspondientes las que dispondrán de mecanismos legales para reclamarnos el pago o dejar de suministrarnos el servicio.

Con respecto a las relaciones familiares, actos tan íntimos y privados como casarse o tener un hijo también están intensamente regulados por normas jurídicas. Evidentemente, el Derecho no nos obliga a casarnos o a tener descendencia, pero sí que delimita nuestras opciones en este ámbito. A pesar de la amplitud del reconocimiento del principio de autonomía individual, la mayoría de estados democráticos modernos prohíben la poligamia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o bien el incesto, con independencia de la aceptación voluntaria de los sujetos individuales que intervienen en estas relaciones. También existe un marco normativo que delimita las relaciones entre padres e hijos, estableciendo, por ejemplo, la obligación de escolarizar a los niños y normas para garantizar el bienestar del menor en caso de separación o divorcio.

Hay que tener presente, además, que cada vez es más común que la conducta de los ciudadanos esté regulada por normas que pertenecen a sistemas jurídicos diferentes (estatales e internacionales o supraestatales). Este hecho es el resultado, sobre todo, de la intensificación de las interacciones entre estados a lo largo de las últimas décadas, en buena parte, a raíz del fenómeno de la globalización. Un ejemplo claro lo encontramos en la complejidad del régimen jurídico al que están sujetos los ciudadanos de los países que pertenecen a la Unión Europea.

Sin duda, los excesos y la creciente complejidad de la regulación jurídica son objeto habitual de críticas, pero, en general, casi nadie cuestiona la necesidad del Derecho para garantizar la coordinación social y cumplir ciertos objetivos colectivos valiosos. Es decir, para la inmensa mayoría de estudiosos del Dere-

Lecturas recomendadas

Entre la numerosa bibliografía que hay de estudios introductorios al Derecho, destacan las obras siguientes, a las que haremos alusión a lo largo de este módulo y que podéis consultar:

Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.

Latorre, A. (2002). *Introducción al derecho*. Barcelona: Ariel.

Moreso, J. J.; Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Nino, C. S. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.

cho (ya sean juristas, politólogos, sociólogos, etc.), éste es un instrumento del que no podemos prescindir, ni tampoco sustituirlo por otros sistemas normativos alternativos, como la moral o la religión.

Las razones que se ofrecen para apoyar esta tesis sobre la necesidad (o inevitabilidad) del Derecho son variadas. En primer lugar, tienen que ver con su función clave para la supervivencia de las sociedades humanas. No se trata sólo de constatar la tesis hobbesiana de que el ser humano es un peligro para su propia comunidad y necesita límites capaces de reprimir sus instintos destructivos. Incluso si partimos de una visión más benévola de la humanidad, como la defendida por Rousseau, lo cierto es que el pluralismo –y por lo tanto, el desacuerdo– también son plausibles en una sociedad de ángeles. Es decir, es perfectamente imaginable pensar que un conjunto de personas “buenas” discrepen sobre muchos aspectos centrales para la convivencia social, por ejemplo, porque estas personas pertenezcan a comunidades religiosas o culturales diferentes. Es más: aunque fuera posible mostrar que ciertos principios morales son prácticamente universales –por ejemplo, la idea de que las promesas se tienen que cumplir–, las discrepancias probablemente subsistirían a la hora de determinar en qué consiste el cumplimiento o bien en qué circunstancias el incumplimiento está justificado, ya que la mayoría de normas admite excepciones.

En este sentido, ni la religión ni la moral pueden sustituir el Derecho; cuando menos, en la medida en que el Derecho es una institución que aspira a regular el comportamiento humano de los miembros de una sociedad más allá de sus creencias subjetivas concretas.

Por otra parte, el Derecho también es un instrumento esencial para conseguir el grado de coordinación y cooperación necesario en una sociedad de masas. Quizás sería posible imaginar la existencia de comunidades muy pequeñas sin autoridades centralizadas ni el monopolio normativo y de la violencia concentrada en instituciones concretas. Pero en las sociedades actuales, el Derecho se erige como el medio idóneo para garantizar la colaboración social necesaria para alcanzar los fines que se consideran valiosos y evitar que la racionalidad individual y las decisiones estratégicas, en favor del interés propio, pongan en riesgo la consecución de valores y bienes públicos.

Por razones obvias, una sociedad llena de *free riders* (es decir, de personas que pretenden beneficiarse del producto de la interacción colectiva sin cooperar) es inviable. Las normas jurídicas actúan para alterar esta tendencia individual de maximizar el interés propio, delimitando los derechos y las obligaciones de sus destinatarios. La amenaza de sanción por el caso de incumplimiento de las acciones legalmente exigidas actúa modificando las preferencias individuales (cambiando la percepción de lo que es racional) con el fin de asegurar la consecución de objetivos colectivos.

Lectura complementaria

La teoría de los juegos, que, en esencia, consiste en una extensión de la teoría de la decisión racional, ilustra muy bien los problemas mencionados. Podéis consultar un resumen de estas teorías con respecto al punto que nos ocupa en la obra siguiente:

J. J. Moreso; J. M. Vilajosana (2004). *Introducción a la teoría del derecho* (págs. 34-40). Madrid: Marcial Pons.

En definitiva, el Derecho es un fenómeno social omnipresente y complejo que se ha convertido en imprescindible en nuestras sociedades. Como cualquier otro fenómeno social, es posible aproximarse al Derecho desde diferentes perspectivas. En este módulo, adoptaremos una perspectiva funcional, que trata de aislar conceptualmente el Derecho a partir de su finalidad o finalidades. El objetivo es analizar en qué medida los procesos de creación, aplicación y modificación de normas jurídicas inciden en otras esferas de la vida social.

Alternativamente, es posible aproximarse al fenómeno jurídico desde una perspectiva estructural. El análisis estructural tiene por objetivo estudiar y ordenar el entramado de normas de un sector concreto del ordenamiento, así como también averiguar la dinámica y estructura interna de los sistemas jurídicos en general. Desde esta óptica, nos planteamos preguntas como de qué está compuesto el Derecho y qué relaciones pueden establecerse entre estos componentes, y no tanto por qué sirve el Derecho. La aproximación al Derecho desde una perspectiva estructural constituye el objeto de estudio del módulo "Norma jurídica y sistema jurídico". De hecho, hay que tener en cuenta que, tradicionalmente, la teoría del Derecho se ha ocupado preferentemente de este tipo de análisis, y ha olvidado el estudio de la dimensión funcional del fenómeno jurídico. Es cierto que la mayoría de estudios parten de la idea de que la finalidad básica del Derecho es ordenar y guiar la conducta humana; también es común enfatizar la función central del Derecho en la prevención y la resolución de los conflictos sociales.

Ahora bien, más allá de reiterar estas ideas genéricas, los teóricos del Derecho raramente se adentran en un análisis más profundizado para precisar esta dinámica funcional. El primer apartado de este módulo se dedica a exponer los motivos de esta limitación, en la perspectiva y objeto de análisis de la teoría del Derecho tradicional, y a analizar, desde un punto de vista crítico, la relevancia del estudio del Derecho desde una perspectiva funcional.

El segundo apartado se dedica a analizar muy brevemente los conceptos sociológicos de sociedad y de función, que se convierten en centrales en este contexto de análisis. Estas nociones son objeto de un debate fundamental en la sociología y, precisamente por esta razón, es relevante clarificar las diferentes consecuencias que tiene utilizar una u otra concepción en el terreno jurídico.

El objeto del tercer apartado, que constituye el núcleo central del módulo, es exponer una tipología orientadora de las funciones que se atribuyen al Derecho desde varias ópticas. Por una parte, se desarrollan las funciones primarias del Derecho ya mencionadas: control social y regulación de conductas. Por otra parte, se analiza una serie de funciones que, habitualmente, se atribuyen al Derecho en las sociedades democráticas contemporáneas, como la configuración y legitimación del poder político, la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, la distribución de recursos y oportunidades o bien la promoción de la seguridad jurídica. Tal como se indica, esta tipología no tiene pretensiones de ser exhaustiva, sino que el objeto es presentar una

selección de las funciones más significativas. Cabe tener en cuenta que, si el Derecho es, sobre todo, un instrumento, sus funciones o finalidades serán en última instancia contingentes (es decir, estarán en función de las prioridades o las concepciones políticas y sociales de cada sociedad y momento histórico).

En el último apartado del módulo, volveremos a la idea del Derecho como fenómeno social, y nos centraremos en la cuestión de cómo podemos diferenciar el Derecho de otras esferas normativas que también cumplen funciones similares a las que se han descrito a lo largo del módulo. Esta pregunta nos permitirá abrir nuevamente la reflexión sobre la función del Derecho en la sociedad y las razones que justifican su existencia.

Objetivos

El propósito principal de este módulo es introducirnos en el estudio del Derecho desde una perspectiva funcional, que enfatiza la dinámica del fenómeno jurídico en tanto que instrumento. El módulo desarrolla una serie de conceptos básicos que son relevantes para captar la importancia y los límites de este tipo de análisis, y ofrece un catálogo no exhaustivo de las funciones principales atribuidas al Derecho desde diferentes paradigmas ideológicos y corrientes de pensamiento.

Los objetivos más concretos que se persiguen son los siguientes:

- 1.** Acercarse a las razones que justifican una aproximación funcional al fenómeno jurídico, que nos ayudarán a comprender la relevancia de esta perspectiva de análisis y a diferenciarla de otras perspectivas predominantes en la teoría del derecho tradicional.
- 2.** En conexión con el objetivo anterior, se introducen algunos conceptos y teorías sociológicas básicas, con el fin de situar correctamente el debate sobre las funciones del Derecho y entender la problemática que enfrentan a las diferentes teorías que tratan de fundamentar la prevalencia de algunas funciones en concreto.
- 3.** Analizar en profundidad las funciones que habitualmente se atribuyen al Derecho desde diferentes perspectivas: control social (en las dos dimensiones fundamentales: regulativa e integradora), legitimación del poder, seguridad jurídica y justicia. También se examinan diferentes técnicas para llevar a cabo la función de control social.
- 4.** Reflexionar críticamente sobre la cuestión central de la necesidad y relevancia del Derecho con el fin de cumplir con estas funciones.

1. Relevancia del análisis funcional

El estudio del Derecho desde una óptica funcional ha sido marginal en la teoría del Derecho moderna. Esta relativa falta de interés se explica por un conjunto de razones que, en el fondo, tienen que ver con la concepción del objeto y límites de la propia disciplina. A pesar de encontrarnos ante un tema de gran complejidad, algunas observaciones generales pueden ayudar a comprender la reticencia mencionada y a situar el tema objeto de estudio.

Para empezar, como veremos a lo largo de los módulos siguientes, la motivación subyacente en la obra de algunos de los teóricos del Derecho moderno más influyentes, como Hans Kelsen o Herbert H. L. A. Hart, es la elaboración de un modelo general, de una “teoría general del Derecho”, que permita dar cuenta de los rasgos formales y de los conceptos comunes a todos los sistemas jurídicos. Kelsen, por ejemplo, analiza el ordenamiento jurídico en la autonomía de su estructura, como elemento constitutivo básico, y no en relación a sus finalidades o funciones, ya que considera que éstas son variables y están circunscritas a un determinado espacio y tiempo. En *The Concept of Law*, Hart también promueve la visión del filósofo del Derecho como experto equipado con las habilidades intelectuales y cognitivas necesarias para extraer, de los diferentes sistemas jurídicos y visiones ordinarias sobre el Derecho, un marco de pensamiento universal.

Desde esta perspectiva, el objeto de la teoría jurídica es articular un esquema de conceptos y rasgos generales comunes a cualquier ordenamiento jurídico, que permitan identificar el fenómeno jurídico como tal, y diferenciarlo de otros fenómenos sociales, como la moral o la política.

Por eso, el análisis del Derecho como “instrumento” para alcanzar diferentes finalidades o funciones quedaría al margen de este proyecto –o, cuando menos, en un segundo plano– en la medida en que, como ya hemos indicado, estas finalidades dependerán de prioridades sociales o ideologías políticas contingentes.

Lecturas recomendadas

Sobre la elaboración de una “teoría general del Derecho” por algunos de los teóricos del Derecho moderno más influyentes, podéis consultar las obras siguientes:

H. L. A. Hart (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Trad. cast. Carrió, G. R. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

H. Kelsen (1960). *Reine Rechtslehre* (2.ª ed.). Viena: Frans Deuticke. Trad. cast. de R. J. Vernengo (1960). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.

Esta visión sobre el objeto y los límites de la teoría del Derecho, que trata de aislar esta disciplina tanto epistémica como metodológicamente, está íntimamente ligada a la influencia de un determinado modelo de ciencia jurídica, sobre todo entre los filósofos del Derecho llamados positivistas.

Efectivamente, ya desde principios del siglo XIX, y en consonancia con el cientificismo general predominante, se asume que el prestigio de los estudios jurídicos depende de que éstos alcancen la categoría de “ciencia”. Este proyecto, consustancial a las tendencias racionalistas inherentes a la modernidad, requiere depurar el objeto de análisis, el Derecho, de elementos axiológicos o juicios de valor conducentes, según la opinión mayoritaria, a tesis de carácter especulativo. De aquí deriva, en buena medida, el interés en distinguir claramente el Derecho de la moral y de la política en autores que, como Kelsen, consideran que los juicios de valor representan la esfera de lo irracional. Para ser entendida como tal, la ciencia del Derecho tiene que asumir el compromiso de limitarse a describir de manera neutral las características de un sistema jurídico, y no a formular prescripciones o juicios de valor de carácter subjetivo.

Inicialmente, la noción de ciencia jurídica que se asume es muy limitada, asociándose a una idea bastante restringida de lo que suele entenderse como “dogmática jurídica”. Con las matemáticas como paradigma científico por excelencia, el razonamiento era el siguiente: si el conocimiento consiste en poder predicar con certeza la verdad o falsedad de una serie de enunciados o leyes generales que rigen algún aspecto de la realidad, entonces la tarea del jurista podrá calificarse de “científica” en la medida que se limite a analizar y sistematizar el conjunto de normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de un país concreto (es decir, en la terminología más común, de un Derecho positivo determinado).

Sin embargo, esta concepción fue muy criticada. Autores como H. J. von Kirchmann (que escribe a finales del siglo XIX en Alemania, en el contexto de una verdadera obsesión por el carácter científico de los estudios jurídicos) criticaron las pretensiones científicas de los juristas aduciendo que la arbitrariedad y la contingencia del objeto de estudio (el Derecho positivo, inevitablemente sometido a cambios constantes producto de la voluntad del legislador) imposibilitaban el “conocimiento” en sentido estricto.

La respuesta de la tradición jurídica germánica a esta crítica es que la tarea de los juristas no se reduce a describir el contenido normativo de los diferentes Derechos positivos, sino que pretende elaborar conceptos jurídicos generales a partir del análisis y la sistematización del entramado normativo común en diferentes ordenamientos jurídicos. En este sentido, se trata de una tarea cognoscitiva que consiste en elaborar conceptos generales (sobre el delito o la responsabilidad, por ejemplo) haciendo abstracción (y no exégesis) de las normas jurídicas vigentes.

Ved también

Sobre los postulados centrales de esta doctrina jurídica, ved el examen que de ellos hace el módulo “Derecho y moral”. El conocimiento de las tesis positivistas es, no obstante, innecesario para comprender la idea central de este apartado.

Lectura recomendada

Sobre la influencia del paradigma de las ciencias en el pensamiento jurídico, consulta la obra siguiente:

A. Latorre (2002). *Introducción al derecho* (págs. 93-112). Barcelona: Ariel.

Ved también

El módulo “Los conceptos jurídicos básicos” expresa este ideal de concepción de la ciencia jurídica como elaboración de conceptos generales abstractos, a partir de las normas jurídicas vigentes.

Esta concepción de la ciencia jurídica se hará muy influyente en toda la Europa continental, especialmente en los países latinos. En cambio, la doctrina jurídica anglosajona se mantuvo en el margen de la tradición germánica debido a las peculiaridades del *common law* y de sus métodos de estudio a partir de casos concretos. A pesar de las diferencias, sin embargo, en el mundo anglosajón también podemos observar estas pretensiones científicas vinculadas a la racionalización y sistematización de conceptos en la filosofía del Derecho de raíz analítica. Sin embargo, el objeto de estudio de esta corriente no se centra, exclusivamente, en el lenguaje de la ciencia del Derecho en el paradigma que propugna la dogmática jurídica germánica.

Partiendo de la base de que el fenómeno jurídico es un fenómeno lingüístico, se asume que la tarea del filósofo del Derecho consiste, sobre todo, en examinar el discurso de los juristas, evaluando su coherencia y rendimiento explicativo con el fin de ofrecer una visión integrada del Derecho como práctica social. A diferencia de la dogmática jurídica, este análisis tiene una vocación que pretende abarcar más, situándose en un nivel de abstracción más elevado. Eso permite hacer distinciones, analizar presupuestos y establecer conexiones conceptuales que son relevantes, más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos estatales y útiles para comprender mejor el Derecho en general. La obra de Hart antes mencionada, *The Concept of Law*, es ejemplar en este sentido, y de ahí que se considere un clásico.

En la actualidad, la discusión sobre el carácter científico del Derecho ha perdido centralidad, en buena medida por la propia evolución del concepto de ciencia, mucho más matizado e inclusivo de las llamadas “ciencias sociales”, tal como admite la mayoría de estudios introductorios al análisis del Derecho. No obstante, la autoridad teórica de los juristas (especialmente de los juristas académicos en tanto que expertos) sigue derivando en buena medida de la pretensión de corrección, neutralidad y objetividad de las doctrinas y conceptos que formulan. De aquí proviene la extendida reticencia a abordar el tema de las funciones del Derecho.

Como se ha indicado, el Derecho no es el producto de la persecución de una determinada finalidad única y general, sino de diferentes propósitos, que varían históricamente y de una sociedad a otra. Por otra parte, muchas de las finalidades que a menudo se atribuyen al Derecho –el control social, la resolución de conflictos, etc.– no son exclusivas del Derecho, sino que, como se explica al final de este módulo, también se consideran funciones inherentes a otras esferas de la normatividad, como la moral o la religión.

En resumen, el análisis funcional remite a cuestiones de carácter sociológico y presupone juicios de carácter valorativo (sobre qué fines son valiosos) que, según una opinión muy extendida, hay que mantener al margen del objeto de estudio de las disciplinas estrictamente jurídicas.

Sin duda, el predominio de esta perspectiva explica que la teoría del Derecho se haya centrado en un análisis estructural del fenómeno jurídico. Además, esta visión ha tenido una repercusión práctica importante, que se manifiesta, sobre todo, en la educación de los juristas. Así, los planes de estudios de Derecho (a diferencia de lo que sucede en las facultades de medicina, educación o periodismo) no suelen incluir la enseñanza de materias relacionadas con la sociología o la problematización del Derecho desde un punto de vista social. De hecho, la oferta de programas de estudios jurídicos que ofrezcan una aproximación interdisciplinar en esta dirección continúa siendo escasa.

Una excepción significativa la constituyen algunas prestigiosas escuelas de Derecho norteamericanas, donde el movimiento que surgió en los años sesenta y que se conoce como “Derecho y Sociedad” (Law and Society) se ha hecho muy influyente.

1.1. El auge de la sociología jurídica y la reivindicación del análisis funcional

Esta delimitación del objeto de estudio y la tarea del jurista, que, en conjunto, fomenta la tendencia a mirar el Derecho exclusivamente desde una perspectiva estructural, ha sido objeto de diferentes críticas que constituyen la base de movimientos como el de “Derecho y Sociedad” antes mencionado.

Coincidiendo con la expansión de la sociología a lo largo del siglo XX, se multiplican las críticas a los enfoques puramente estructurales o normativistas de análisis de la naturaleza del Derecho. Pensadores de la talla de Ehrlich, Durkheim, Marx o Weber, considerados como fundadores de la sociología moderna, ya empezaron a cuestionar la plausibilidad de construir y explicar el sistema jurídico exclusivamente desde un punto de vista lógico, enfatizando la interconexión ineludible entre el Derecho y otras fuerzas y esferas sociales.

Lectura complementaria

Sobre la corriente partidaria de profundizar en las relaciones entre Derecho y sociedad, podéis consultar la obra siguiente:

M. Lawrence Friedman (1986). “The Law and Society Movement”. *Stanford Law Review* (vol. 38, núm. 3).

En esta línea, también se discuten las premisas de objetividad y neutralidad axiológica que propugna la teoría del Derecho moderna. Un argumento central es que la reducción de las fronteras de análisis del fenómeno jurídico, en la dirección antes explicada, no permite reconocer la fuerte huella ideológica en la manera en que los juristas utilizan la noción de Derecho, identificando dogmática jurídica y conocimiento jurídico. Para muchos críticos, la delimitación del objeto y método de análisis característicos del positivismo jurídico, que aísla el Derecho de los otros subsistemas sociales, minimiza ciertamente la incertidumbre –que es la verdadera pesadilla de la modernidad– pero al precio de reducir injustificadamente la complejidad del fenómeno jurídico, haciendo inviable una comprensión más global. Esta crítica proviene de corrientes de pensamiento heterogéneas que no pretendemos analizar en este módulo, el cual tiene un carácter básicamente introductorio.

De hecho, la propia sociología del Derecho contemporánea, como disciplina académica y como campo de investigación, incluye una pluralidad de perspectivas y tradiciones sobre las relaciones entre Derecho y sociedad. Esta complejidad muestra la diversidad de maneras de entender el mundo social.

Dicho esto, para los propósitos que aquí nos interesan, podemos afirmar que, a pesar de la diversidad de tendencias, la teoría crítica actual asume un punto de vista a menudo opuesto a los enfoques estructuralistas. A partir de algunas premisas sociológicas básicas, entiende que el Derecho no se puede analizar sólo como un conjunto de normas que surgen y se desarrollan en una sociedad concreta sin conexión con otros factores (históricos, culturales, políticos, económicos, etc.). Por el contrario, el Derecho forma parte de esta sociedad, y la práctica jurídica se encuentra en relación de interdependencia con otras esferas sociales. Esta conexión se manifiesta en el hecho de que las normas jurídicas se crean con el fin de dar respuesta a diferentes situaciones, necesidades o conflictos y se proyectan sobre áreas distintas de la realidad social. Por lo tanto, el jurista no tendría que limitarse a analizar las reglas existentes, interpretándolas y sistematizando el contenido; su tarea incluye también el análisis de los “hechos sociales de los que las reglas jurídicas son valoraciones”.

Por *hechos sociales* se entienden tanto los hechos que tienen que ver con las relaciones interindividuales o sociales (sobre todo las de naturaleza económica) que constituyen la “materia” de las normas, como también los intereses individuales o colectivos que el Derecho, o determinadas reglas jurídicas, tiene la función de satisfacer.

En este sentido, tal como reivindica Bobbio, la tarea del jurista no se limita a la interpretación del Derecho “ya hecho, ya legislado”, sino que también tiene que incluir un análisis del Derecho “por hacer” o incluso del Derecho que “debería ser”. Como se puede apreciar, esta perspectiva abre la puerta a los razonamientos sobre las condiciones de legitimidad y al debate sobre las funciones del Derecho.

Lecturas complementarias

Dos referencias interesantes para profundizar en estas corrientes críticas son:

R. Banakar; M. Travers (eds.) (2002). *An Introduction to Law and Social Theory* (págs. 97-204). Oxford: Hart Publishing, sect. III (Critical Approaches).

Courtis C. (ed.) (2002). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Reflexión

El apartado 2 de este módulo se refiere al conflicto entre algunas de estas visiones de la sociología del Derecho contemporánea, en la medida en que son relevantes para abordar el tema de las funciones del derecho.

Lectura recomendada

Sobre el análisis de los hechos sociales como parte de la tarea del jurista, consultad la obra siguiente:

N. Bobbio (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (pág. 224). Madrid: Debate.

En términos generales, los análisis sociológicos del derecho priorizan la idea de que los sistemas jurídicos son, sobre todo, construcciones sociales, y no órdenes autónomos; en consecuencia, presuponen una concepción instrumental del Derecho y reivindican la relevancia de un análisis de tipo funcional con el fin de captar el fenómeno jurídico en todas sus dimensiones.

Dentro de este marco general, podemos situar una gran diversidad de corrientes de pensamiento contemporáneo, como el mencionado “Derecho y Sociedad”, que ha promovido la exploración del Derecho como objeto y instrumento de cambio social. La evaluación de su capacidad transformadora tiene sentido en la medida en que la creación, modificación y aplicación de las normas jurídicas son susceptibles de generar transformaciones sociales, y a la inversa.

También el movimiento conocido como “Critical Legal Studies” parte de una crítica al formalismo jurídico y a la idea de autonomía del Derecho que dificultan la observación del fenómeno jurídico en el contexto en el que surge y actúa. Este movimiento surgió en Estados Unidos, en los años ochenta, y ha ejercido una gran influencia en las principales escuelas de Derecho norteamericanas. Sus principales exponentes se inspiraron en el pragmatismo filosófico y en los conceptos introducidos por las corrientes realistas a la hora de promover el estudio del “derecho en acción” y una crítica ideológica del discurso jurídico.

Enmarcados en este proyecto, encontramos, por ejemplo, toda una escuela de historiadores del Derecho norteamericanos que mantienen que las normas jurídicas se tienen que analizar atendiendo, primariamente, a sus circunstancias históricas, lo cual requiere un estudio de las dinámicas y hechos sociales y políticos. Por ejemplo, los prestigiosos trabajos del profesor Robert Gordon, de la Universidad de Yale, se centran en el análisis de cómo históricamente el sistema de dominaciones sociales y de clase se consolidaron por medio de conceptos y formas legales específicas.

También, desde perspectivas marxistas, se ha puesto de relieve el aspecto instrumental del Derecho y, de hecho, el marxismo continúa siendo una fuente de gran riqueza para una comprensión más global del fenómeno jurídico, en la medida en que expone los antagonismos y las relaciones de subordinación social encubiertos por categorías jurídicas como la propiedad privada o el estado de derecho. La idea marxista de que el Derecho es esencialmente ideología (un instrumento para asegurar el desarrollo del capitalismo y el liberalismo, perpetuando la opresión social consustancial a la diferencia de clases) continúa estando muy presente en la obra de teóricos críticos del Derecho tan relevantes en la actualidad como Boaventura de Sousa Santos.

Lecturas recomendadas

Sobre las relaciones entre Derecho y cambio social, consultad las obras siguientes:
M. Atienza (2001). *El sentido del derecho* (págs. 164-166). Barcelona: Ariel.

J. de Lucas (coord.) (1995). *Introducció a la teoria del dret*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Lectura complementaria

Sobre el movimiento “Critical Legal Studies”, podéis consultar la obra siguiente:

R. M. Unger (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Lecturas complementarias

Sobre la consolidación de los sistemas de dominaciones sociales, podéis consultar las obras siguientes:

R. Gordon (1981). “Historicism in Legal Scholarships”. *Yale Law Journal* (núm. 90).

R. Gordon (1984). “Critical Legal Histories”. *Stanford Law Review* (núm. 36).

Lectura complementaria

Sobre la concepción marxista del Derecho, podéis consultar la obra siguiente:

Boaventura de Sousa Santos (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Londres: Routledge.

El aspecto instrumental del Derecho como ideología

En la idea tradicional de ordenamiento coactivo, Marx añade una consideración sobre la función del Derecho: la dominación de clase. Para Marx, el llamado “estado de derecho”, tan celebrado por los juristas británicos de su tiempo, no es más que un recurso retórico al servicio de la ideología capitalista: la idea de que “el Derecho es neutral” y beneficia a todo el mundo, cuando de hecho el derecho protege de forma encubierta los intereses de la clase dominante. Desde esta óptica, el Derecho es un instrumento del poder estatal para asegurar la dominación de una determinada clase social y hacer avanzar el modelo capitalista mediante la regulación de las relaciones económicas, y la garantía de ciertas formas legales y derechos como el derecho a la propiedad (que Marx critica duramente, considerando que apoya un modelo de relaciones sociales basado en el individualismo y el egoísmo).

Hasta aquí, hemos indicado algunas de las razones y de las corrientes de pensamiento que han contribuido a enfatizar, entre otros aspectos, la relevancia de un análisis funcional del Derecho que dirige su mirada más allá de las cuestiones estructurales en las que se ha centrado la teoría del Derecho tradicional. Ahora bien, aunque no podemos ignorar esta distinción entre dos maneras de mirar el Derecho (interna y externa; como fenómeno autónomo o como producto histórico y dependiendo de la sociedad), actualmente la tendencia es negar la supuesta antítesis entre ambas concepciones.

En este sentido, la construcción del Derecho como sistema autónomo, dissociado de la esfera política, es útil para explicar los rasgos y componentes característicos de la mayoría de sistemas jurídicos, cuando menos, de los sistemas jurídicos que surgen en el contexto de las democracias liberales modernas. Sin embargo, esta perspectiva no excluye que tenga sentido analizar el Derecho como producto histórico y en interrelación con otras esferas sociales.

Uno de los juristas que, de manera más prominente, ha tratado de integrar ambas perspectivas es el alemán Jürgen Habermas. En su importante obra *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, este autor argumenta que tanto los enfoques puramente sociológicos (especialmente, los funcionalistas) como los puramente normativistas o estructuralistas fracasan porque ignoran la naturaleza dual del Derecho como sistema activo, en movimiento, y también como ordenamiento normativo. En este sentido, los análisis sociológicos no suelen tomar seriamente la auto-comprensión normativista del Derecho (como sistema de reglas) que comparten los participantes en la práctica jurídica, mientras que la perspectiva normativista no pueden dar cuenta de la naturaleza institucional del Derecho y de los parámetros históricos y sociales en los que surge y evoluciona esta práctica. Por lo que respecta, en concreto, al análisis de las funciones del Derecho, la complementariedad entre ambas perspectivas de análisis es todavía más evidente.

En conclusión, en la actualidad la mayoría de juristas estaría de acuerdo en que el método funcional de aproximación al Derecho no es excluyente del análisis estructural, sino complementario. Esta es la filosofía que ha inspirado la inclusión de este módulo en el estudio de esta asignatura.

Antes de pasar a ofrecer una tipología orientativa de las funciones del Derecho es importante precisar, un poco más, qué se entiende por análisis funcional y cuáles son los conceptos sociológicos de sociedad y de función susceptibles de ser usados en este contexto de análisis. Esta precisión es importante porque, como veremos, utilizar una u otra noción en el terreno jurídico tiene consecuencias diversas, ya que cada uno tenderá a atribuir al Derecho una serie de funciones concretas.

2. Análisis funcional y funciones sociales del Derecho

Empecemos por la noción de *análisis funcional*.

Siguiendo a Añón, cuando se habla de **análisis funcional**, siempre se hace referencia al hecho de que un elemento *X* desarrolla una tarea *Y* en un contexto más amplio *Z*.

Por otra parte, la pregunta general sobre las **funciones sociales del Derecho** admite respuestas diferentes según si se trata de averiguar para qué sirve el Derecho (qué función cumple respecto de la sociedad entendida en su conjunto, por ejemplo, o en relación a un subsistema o nivel social concreto: político, económico, etc.) o qué función “debería cumplir” el Derecho en determinado contexto.

En rigor, de esta última cuestión se han ocupado los filósofos del Derecho, porque implica asumir una perspectiva valorativa que, en principio, queda al margen del análisis funcional que caracteriza los análisis sociológicos del Derecho. Sin embargo, una teoría crítica del Derecho, en la medida en que se plantee no sólo cómo funciona el Derecho en una sociedad sino también cómo tendría que funcionar o cuáles son sus disfunciones, no podrá eludir estas dos dimensiones del análisis funcional.

Por otra parte, se tiene que distinguir entre *análisis funcional* de una institución y *funcionalismo*. Este último término hace referencia a una teoría global de la sociedad que no es necesario asumir con el fin de estudiar las funciones sociales del Derecho. El **funcionalismo** es un tipo de filosofía social que conceptualiza la sociedad como un sistema formado por un conjunto de elementos en equilibrio que se coordinan e integran entre sí con el objetivo de preservar su unidad orgánica. Esta visión tiene sus orígenes en autores como E. Durkheim y M. Weber; algunos representantes significativos de ella, en tiempos más recientes, serían Parsons y N. Luhmann.

El conflicto se contempla como disfunción, como un supuesto de mal funcionamiento que tiene que ser corregido desde dentro del sistema. En el marco del análisis funcional del Derecho, las corrientes que se adhieren a esta teoría tienden a resaltar la función del Derecho en el mantenimiento del equilibrio y la integración sociales. Las instituciones y normas jurídicas, como elementos dentro de un sistema social más amplio, contribuyen a eliminar los factores de desestabilización de este sistema que tiende hacia la cohesión y el consenso. Esta sería la función primaria del Derecho.

Lectura recomendada

Sobre la noción de análisis funcional según Añón, consultad la obra siguiente:

J. de Lucas (coord.) (1995). *Introducció a la Teoria del Dret* (pág. 93). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Lectura complementaria

Sobre el funcionalismo y sus principales exponentes, podéis consultar la obra siguiente:

R. Bankar; M. Traver, (ed.) (2002). *An Introduction to Law and Social Theory* (págs. 13-32). Oxford: Hart Publ.

Pero hay otros modelos de sociedad aparte del funcionalismo. La **construcción conflictualista**, la visión de la “sociedad como conflicto”, que pone de relieve los antagonismos sociales y las relaciones de poder entre los diferentes grupos que la componen, es la alternativa más relevante a la anterior. A diferencia de los autores funcionalistas, los partidarios de esta concepción destacan la función que desempeña el Derecho en los conflictos sociales, ya sea contribuyendo a su disminución o resolución como incluso coadyuvando a generarlos. En opinión de algunos autores, esta segunda concepción permite adoptar una actitud mucho más crítica respecto de la sociedad, mientras que la primera tiene un carácter eminentemente conservador.

Los representantes más destacados de la concepción conflictualista son los marxistas, que parten de la idea de que el conflicto es el elemento central para comprender la historia de la lucha entre clases sociales con intereses antagónicos.

Con respecto a la noción de *función*, también tenemos que tener en cuenta que, en las ciencias sociales, puede entenderse de manera objetivista (también llamada orgánica) o bien subjetivista.

La **concepción objetivista** es la más común, fundamentalmente porque expresa los postulados básicos del funcionalismo. De acuerdo con el paradigma biológico que aquí se utiliza por analogía, “función” es la contribución que aporta un elemento a la organización o a la acción del conjunto o del todo del que es parte. Los partidarios de este concepto suelen basarse en la idea de sociedad como unidad o totalidad, compuesta de elementos interdependientes que cumplen diferentes funciones que, en conjunto, promueven el equilibrio del organismo. En otras palabras, el sistema social, según esta visión, está compuesto de distintos subsistemas y cada unidad hace una aportación singular al conjunto.

Por lo tanto, estudiar las “funciones sociales del Derecho” implica analizar el impacto de las normas e instituciones jurídicas (tomadas como un conjunto unitario insertado dentro del sistema social) en el mantenimiento o mejora del equilibrio del sistema social global que contribuyen a mantener.

En cambio, la **concepción subjetivista** destaca que la función de un elemento (en nuestro caso, el Derecho) en un sistema de interacciones humanas depende de los proyectos, objetivos o propósitos de los sujetos que intervienen en las relaciones sociales. Los autores que utilizan este concepto opinan que la concepción objetivista de función deja al individuo al margen del diseño sociológico, tratando los sistemas normativos como si tuvieran una existencia independiente de las relaciones humanas.

Lecturas recomendadas

Sobre la visión de la sociedad como conflicto, consultad la obra siguiente:

M. Atienza (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.

Sobre la distinción entre funcionalismo y análisis funcional en general, consultad la obra siguiente:

N. Bobbio (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (págs. 262-264). Madrid: Debate.

Por esta razón, cuando se trata de abordar el tema de las funciones del Derecho, los partidarios del concepto subjetivista de *función* acostumbran a asumir un concepto de sociedad inestable, caracterizada por el pluralismo, el conflicto y la fragmentación irreductibles. Como en el caso anterior, esta visión tiene implicaciones relevantes en la discusión sobre las funciones del Derecho.

3. Tipología básica de las funciones del Derecho

A continuación, pasaremos a exponer una tipología básica de las funciones del Derecho. Conviene, sin embargo, insistir en las limitaciones de este propósito. En primer lugar, como se ha mencionado en la introducción, la enumeración de las funciones básicas que sigue a continuación no puede tener pretensiones exhaustivas. La evolución social y política puede conllevar, como de hecho ha sucedido históricamente, que el Derecho asuma un número de funciones más amplio, o que deje de cumplir algunas de las funciones que tradicionalmente le han sido atribuidas. La pregunta sobre las funciones sociales del Derecho permanece, por lo tanto, abierta a nuevas respuestas. Nuestro objetivo es, por lo tanto, modesto: nos centraremos en explicar aquellas funciones que la mayoría de estudios introductorios al Derecho destacan, con independencia de cuál sea la idea de análisis funcional y de función que se asuma.

Por otra parte, también hay que precisar que el análisis de cada una de estas funciones contendrá elementos heterogéneos que requerirían un desarrollo particularizado y mucho más complejo de lo que aquí se puede ofrecer. Por ejemplo, aunque aceptamos que el Derecho es un medio para la integración social, existen distintas interpretaciones de la expresión integración social, y también sobre las maneras o estrategias concretas mediante las cuales el Derecho cumple esta función. Incluso encontraríamos discrepancias respecto de si el Derecho es o no es capaz de contribuir, de manera eficaz, a garantizar este objetivo. Sin embargo, sólo haremos alusión de manera superficial a estos argumentos más complejos.

Por último, el análisis funcional se basa en una lógica medio-fin en la cual el fin, una vez alcanzado, se convierte en medio para la consecución de otro fin. Este esquema se reproduce sucesivamente hasta llegar a la finalidad aceptada como última. De aquí que algunos autores distingan entre *fin* (o *finis*) *último* (o *primario*) y *finis intermedios* (o *secundarios*) que son las funciones secundarias del Derecho que constituyen los medios para conseguir la finalidad primaria o última. Ahora bien, este tipo de clasificación resulta problemática en la medida en que parece presuponer que el objetivo de todo análisis funcional es buscar la “verdadera” o “verdaderas” funciones del Derecho, y que todas las demás funciones serían secundarias, en el sentido de dirigidas a satisfacer las funciones primarias.

Sin embargo, este presupuesto ontológico es innecesario. Aunque, ciertamente, es útil entender que las funciones primarias son aquellas que justifican la existencia de un ordenamiento jurídico y las secundarias están subordinadas a las primeras, seguir este criterio implicaría una toma de posición que aquí trataremos de evitar. Así, por ejemplo, los autores que parten de una concepción de la sociedad basada en el conflicto y de una noción subjetivista de función

tenderán a resaltar la orientación social, el tratamiento de los conflictos y la legitimación del poder como funciones últimas del Derecho, mientras que la distribución de bienes escasos o la integración social se considerarán funciones más bien secundarias. Por contra, los autores partidarios de las tesis funcionalistas acostumbran a identificar, como funciones primarias, la integración social y la mitigación de los conflictos, mientras que fines secundarios son la legitimación y organización de los poderes sociales y la sanción y aplicación de normas.

Una vez realizadas estas advertencias preliminares, podemos destacar las siguientes funciones por lo común atribuidas al Derecho:

- Funciones regulativa e integradora.
- Función de legitimación del poder.
- Función de seguridad jurídica.
- La justicia como función del Derecho.

3.1. El Derecho como sistema de control social: las funciones regulativa e integradora

Tanto los autores funcionalistas como los conflictualistas coinciden en caracterizar el Derecho primariamente como un sistema complejo de control social. Sin embargo, por las razones recién indicadas, las divergencias están centradas en el significado de este concepto y en el peso más o menos relevante que tiene que atribuirse a esta función.

De hecho, la función de control social puede entenderse de muchas maneras. En un sentido muy básico, esta función se ha relacionado con la idea de *paz social*, es decir, con una situación donde los miembros de una sociedad mantienen relaciones basadas en la no violencia y se sienten protegidos contra una potencial agresión de los demás. Precisamente, la circunstancia contraria es la que diferentes filósofos clásicos llaman *el estado de naturaleza*, caracterizado por la falta del orden estatal y jurídico.

Sin duda, una de las funciones principales del Derecho es cumplir esta función pacificadora, garantizando lo que Hobbes llamaba “el orden y la tranquilidad sociales”. Evidentemente, en el mundo real, ninguna sociedad es absolutamente pacífica (la existencia de conflictos y de comportamientos desviados no es del todo eliminable) y, en este sentido, el control social es un ideal que se alcanza en diferentes grados. Aun así, los datos referentes al grado de éxito en la realización de esta función constituyen uno de los indicadores más importantes, con el fin de medir la eficacia relativa de los diferentes sistemas jurídicos.

Más allá de estas observaciones genéricas, la función de control social contiene dos dimensiones: regulativa e integradora.

3.1.1. Control social y regulación de conductas

Por una parte, el control social se realiza por medio de la ordenación de conductas, que tiene por objeto orientar el comportamiento de los miembros del grupo social, es decir, dirigirlos hacia el cumplimiento de determinados modelos o patrones de conducta. En sí misma, la existencia del Derecho conlleva el establecimiento de una estructura normativa que garantiza el funcionamiento de las instituciones sociales a efectos de mantener el equilibrio y el orden o la paz social en el sentido básico que hemos descrito.

Las normas jurídicas identifican ciertas conductas como lícitas o deseables, e ilícitas o indeseables; en este sentido, la idea de **control social** entendida en su dimensión regulativa permite resaltar aquellos aspectos del derecho más relacionados con la represión y la supervisión de la dinámica social.

A la vez, esta función regulativa tiene, como mínimo, dos aspectos: el primero es el de regular el comportamiento de los ciudadanos, estableciendo reglas de conducta. A este primer aspecto hacen referencia las reglas primarias de Hart, que se analizarán en el módulo siguiente, “Norma jurídica y sistema jurídico”. El segundo aspecto se refiere al control del poder público y, en particular, de la conducta de las autoridades. Esta función se lleva a cabo ya sea controlando directamente las instituciones que monopolizan la coerción y definiendo el marco de acción de su poder, o bien indirectamente, por ejemplo, dejando que la propia ciudadanía fiscalice los poderes públicos mediante el ejercicio del derecho de voto, la regulación de los derechos sindicales, la opinión pública, etc. Además, como también veremos, algunas de las normas que Hart llama “secundarias” hacen referencia a esta segunda dimensión de la función regulativa, ya que delimitan los órganos competentes para aplicar las normas de conducta.

En resumidas cuentas, el Derecho como mecanismo de control social puede referirse tanto al comportamiento de los ciudadanos como al de las autoridades y poderes públicos.

De hecho, un elemento central de la idea de “estado de derecho” consiste precisamente en la sumisión de las autoridades al Derecho, lo cual suele hacerse efectivo mediante técnicas que garantizan el control mutuo de los diferentes órganos e instituciones del estado: el poder legislativo controla al gobierno, los órganos jurisdiccionales superiores controlan a los inferiores, etc. Por otra

parte, uno de los elementos más importantes que caracterizan el surgimiento del estado moderno es el hecho de que éste asume el monopolio de la producción jurídica. Por esta razón, *derecho* y *estado* se convierten en dos caras de la misma moneda.

En relación a este último punto, es importante observar que el ejercicio de la función regulativa es diferente cuando se pasa del estado liberal abstencionista al estado social, donde la incidencia del Derecho es manifiesta en muchas más esferas de la vida de los ciudadanos. En concreto, esta última modalidad de estado ha conducido a un aumento progresivo de las normas que regulan la organización de las instituciones y, en general, del Derecho público, debido, precisamente, al aumento de las funciones atribuidas a las instituciones y poderes públicos. Surgen así nuevas ramas del Derecho como el derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social, el derecho medioambiental, etc. con el fin de hacer efectiva la idea de que el estado tiene que tener una función clave en la promoción de la igualdad, la salud y, en general, la calidad de vida de los ciudadanos. Por este motivo, en el contexto de los estados sociales, algunos autores hablan de una *función distributiva* del Derecho: quien dispone del aparato jurídico asigna a los miembros del grupo sociales (individuos o grupos) los bienes y recursos económicos o no económicos: riqueza, derechos, oportunidades sociales, etc. Bobbio, que propone esta definición, comenta que tradicionalmente no se ha prestado bastante atención a esta función debido al imperio de la concepción privatista de la economía y la correspondiente función negativa atribuida al estado.

Si presuponemos esta visión, entonces es obvio que la distribución de bienes y servicios se produce, principalmente, en la esfera privada de la vida social y la función del Derecho se reduce a facilitar estas relaciones y garantizar la seguridad (evitando el fraude, por ejemplo).

Sin embargo, como decíamos, esta visión restrictiva del Derecho, vinculada al modelo de estado abstencionista que defiende el liberalismo clásico, ha estado sobradamente superada en los estados sociales, donde la función de distribución de bienes y derechos es esencial. La forma de producción capitalista se considera compatible con este objetivo por medio de una serie de medidas que corrigen las injusticias del mercado. Así, en general, los poderes públicos dictan medidas con el fin de regular la esfera de las relaciones económicas y el reparto de recursos. De aquí que se produzca un incremento de la regulación y que, como también explicaremos más adelante, el uso de las técnicas promocionales adquiera una gran importancia. Por este motivo, se incluye esta reflexión en este apartado, ya que no podemos hablar, en general, de una función distributiva del Derecho en “cualquier” sistema político o modelo de estado.

Lectura recomendada

Sobre la función distributiva del derecho propuesta por Bobbio, consultad la obra siguiente:

N. Bobbio (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (págs. 264-266). Madrid: Debate.

3.1.2. Control social e integración

Aparte del aspecto regulativo, la función de control social que cumple el Derecho incluye una segunda dimensión relacionada con la integración. A menudo, se dice que el Derecho tiene una función clave en este sentido, ya que es el mecanismo que permite unificar la sociedad, incluso las sociedades más diversas, generalizando las expectativas de comportamiento de sus miembros y mitigando el impacto de los conflictos consustanciales a la convivencia humana. Por lo tanto, esta idea también hace alusión a la interacción pacífica entre los miembros de una sociedad a la que hacíamos referencia al inicio de este apartado.

Ciertamente, la integración social de los individuos empieza con el proceso de socialización por medio de instituciones más básicas, como la familia o la escuela, donde se aprenden e internalizan una serie de pautas de comportamiento que se consideran correctas. Pero en sociedades de masas más complejas como las nuestras, estos mecanismos resultan insuficientes y el Derecho actúa como instancia formal para promover la cohesión social y comportamiento conforme con las normas preestablecidas.

En este sentido, la función de integración social también se relaciona con la idea de que el Derecho contribuye a hacer menos frecuentes los conflictos sociales. Los conflictos se producen cuando los sujetos que intervienen en una relación experimentan la imposibilidad de establecer un punto de encuentro entre sus intereses contrapuestos, y cada uno se mantiene en sus pretensiones. Cuando se da esta situación (que, en principio, la regulación normativa trata de evitar), la intervención del Derecho se hace clave a la hora de resolver la crisis y restituir el equilibrio inicial.

La **coacción** se considera un instrumento central con el fin de alcanzar estos resultados vinculados a la integración. En las sociedades modernas, esta función está altamente institucionalizada y forma parte de las competencias esenciales del estado.

La coacción se traduce, sobre todo, en la amenaza de sanciones jurídicas negativas –prisión, multa, privación de derechos, etc.– con el fin de conseguir los fines internos del Derecho: la conformidad de las conductas a los parámetros previstos por las reglas jurídicas. Por eso, el esquema de las normas sancionadoras del Derecho penal a menudo se considera representativa del resto de normas jurídicas (a pesar de las limitaciones de esta concepción, ya que, como veremos en el módulo siguiente, “Norma jurídica y sistema jurídico”, el Derecho está compuesto de diferentes tipos de normas). Según una opinión

Lectura recomendada

Sobre el Derecho como instancia formal para promover la cohesión social, consultad la obra siguiente:

M. Atienza (2001). *El sentido del derecho* (págs. 152-153). Barcelona: Ariel.

Lectura recomendada

Sobre las vías fundamentales de tratamiento de los conflictos jurídicos, consultad la obra siguiente:

J. de Lucas (coord.) (1995). *Introducción a la Teoría del Derecho* (págs. 105-106). Valencia: Tirant Lo Blanch.

muy común, la amenaza de sanción, así como su aplicación efectiva en los casos de incumplimiento, actúa como herramienta motivacional para que los individuos cumplan las normas jurídicas.

Ahora bien, cada vez es más aceptado que la eficacia del Derecho, para alcanzar el objetivo de la integración social, no depende sólo de la existencia de sanciones, ni tampoco de la capacidad por parte de los poderes públicos de aplicarlas consistentemente en el caso de conductas desviadas. También está en función de que se facilite el cumplimiento de la norma, es decir, de que se pongan los medios necesarios a fin de que la gente pueda cumplir con sus obligaciones. Por ejemplo, que se faciliten los trámites para hacer efectivo el pago de los impuestos, o bien que los profesionales de la educación o de la sanidad pública tengan a su disposición los medios necesarios para llevar a cabo sus obligaciones de manera satisfactoria.

Por otra parte, como se explica más adelante, la tendencia actual en muchos estados democráticos es superar esta visión del Derecho vinculada, casi en exclusiva, a la función represora y a incorporar herramientas promocionales que funcionen como incentivos de carácter positivo para motivar la adecuación de las conductas a las normas jurídicas.

Además, no podemos ignorar que, en muchos casos, el cumplimiento de las normas también dependerá del hecho de que sus destinatarios las acepten como válidas y, por lo tanto, estén predispuestos de manera general a cumplirlas. Las razones que conducen a esta aceptación pueden ser de naturaleza diversa.

Sea cual sea el razonamiento que justifica la aceptación, es relevante que la inmensa mayoría de destinatarios de las normas no estén radicalmente en contra. Cuando menos porque, a pesar de la centralidad tradicionalmente asignada a la dimensión sancionadora del Derecho, habitualmente asumimos que el fenómeno de la desviación –los casos en que el comportamiento de los ciudadanos se separa del Derecho vigente– es minoritario. Es decir, en general, presuponemos que la mayoría de la gente no atenta contra la propiedad o la vida de sus vecinos, cuida de la salud y el bienestar de sus hijos, paga sus impuestos, etc. De hecho, ningún estado podría hacer frente a una situación de incumplimiento generalizado de las normas jurídicas. En este sentido, la amenaza de la coacción (mediante la imposición de sanciones que autorizan, si es necesario, la fuerza física) puede verse como una condición necesaria pero no suficiente para que el Derecho pueda realizar su función de control social.

Ved también

Ved el punto de vista actual sobre la función represora del Derecho en el apartado 4 de este módulo.

Cumplimiento de la prohibición de fumar en espacios públicos

Los destinatarios de las normas que prohíben fumar en espacios públicos pueden creer que su contenido es éticamente correcto, o simplemente aceptarlas pragmáticamente como medio para alcanzar otros fines (evitar conflictos con los no fumadores), o para con la legitimidad del proceso democrático que ha conducido a la aprobación de la norma.

El tema de la aceptación voluntaria (es decir, basada en razones que van más allá de la motivación derivada de la amenaza de la sanción) depende de muchos factores que remiten a cuestiones complejas relativas a la legitimidad o percepción que se tenga de la “justicia” de las normas jurídicas.

Las reflexiones del apartado anterior sobre la llamada “función distributiva” del Derecho en los estados sociales también son relevantes en este punto. Si la mayoría de la población de un estado comparte los ideales de igualdad y justicia social subyacentes a las normas jurídicas que promueven la redistribución de la riqueza (por ejemplo, las normas fiscales) o imponen obligaciones con el fin de mantener instituciones como la educación o la sanidad pública, es más fácil que estas normas se acepten y sean respetadas. Al mismo tiempo, esta pauta de comportamiento contribuye a la cohesión social y a la disminución del conflicto.

Por otra parte, la aceptación voluntaria también puede vincularse con la compatibilidad de las normas jurídicas (de las conductas que prescriben o prohíben), con las normas socioculturales dominantes en el contexto en que se aplican.

Una cuestión importante que se plantea es si la mayoría de personas adecua su comportamiento a las normas porque creen que éste es el comportamiento correcto, o sólo porque pueda verse afectada por sanciones. Aunque pueda parecer una pregunta muy abstracta, algunos temas sociales de gran relevancia en la actualidad pueden plantearse desde esta óptica.

Conflictos derivados del fenómeno de la multiculturalidad

Pensemos, por ejemplo, en los retos que plantea la inmigración, especialmente cuando este fenómeno se convierte en fuente de multiculturalidad. No es casualidad que, en gran parte, el debate esté centrado en las repercusiones de la diversidad cultural, como hecho social, para la cohesión e integración sociales. Es más, una preocupación central de políticos y expertos es la adopción de políticas públicas y otras medidas dirigidas a mejorar el conocimiento del Derecho vigente en la sociedad de acogida por parte de los recién llegados, así como a explicar las razones que justifican un determinado marco normativo.

Este debate es importante porque numerosos estudios muestran que, a menudo, los inmigrantes procedentes de otras culturas no están dispuestos a cumplir con las normas jurídicas de la sociedad de acogida –a pesar de ser conscientes de la posibilidad de ser sancionados– precisamente porque no las aceptan como válidas desde un punto de vista moral o cultural. Ciertamente, a menudo las razones que aducen para justificar la desobediencia al Derecho tienen que ver con la percepción de que el cumplimiento de determinadas normas jurídicas es incompatible con el seguimiento de reglas culturales que les identifican como miembros de su grupo. Son estas normas las que, de alguna manera, les garantizan su integración. Por lo tanto, cuando este conflicto se produce, la influencia de la amenaza de sanciones en la motivación del comportamiento individual es muy limitada.

En resumidas cuentas, a pesar de sus limitaciones, que se manifiestan cuando se discuten temas complejos como el de la inmigración, el Derecho es un instrumento básico de cohesión e integración, ya que tiene una función clave en la coordinación de todos los otros mecanismos de control social.

Por eso, prestigiosos sociólogos como Luhman o Parsons consideran que la función primaria de un sistema jurídico es la función integradora consistente en disminuir los elementos potenciales de conflicto y “lubrificar” el mecanismo de las relaciones sociales. Desde esta óptica, la función represora no sería propiamente una función (cuando menos, una función primaria), sino más bien un medio para potenciar la integración y alcanzar el equilibrio y la cohesión sociales.

Ahora bien, conviene mencionar que las corrientes más críticas, que aceptan que el conflicto (más que el consenso o el compromiso sobre los valores básicos) es inherente a la noción de *sociedad*, tienden a relativizar la relevancia de la dimensión integradora del Derecho y a desconfiar de las posibilidades de control jurídico del conflicto. Las razones son bastante obvias: el peso que se atribuye a la función de integración social será inferior si entendemos el conflicto no tanto como “disfunción” que hay que corregir dentro del sistema, sino, en la línea del paradigma conflictualista, como “oportunidad” para la transformación o el cambio social. Por ejemplo, podemos valorar positivamente las movilizaciones para reclamar los derechos de las mujeres o de los trabajadores, a pesar de haber causado graves crisis y conflictos sociales, en la medida en que contribuyeron a alcanzar un grado superior de justicia social.

Por último, tal como también señalan autores escépticos con respecto a la función integradora del Derecho, no podemos descartar la posibilidad de que la intervención del Derecho no sea sólo incapaz de resolver el conflicto, sino que incluso contribuya a generar nuevos. Esta idea está muy presente en la teoría del Derecho marxista que se desarrolla a partir de los años setenta. En concreto, los juristas y sociólogos marxistas han insistido en resaltar que el Derecho no sólo cumple funciones positivas (resolución de conflictos, organización y control sociales, etc.) sino también funciones negativas. Así, algunas instituciones creadas para garantizar la aplicación del Derecho –como las prisiones– tienen una funcionalidad negativa, ya que contribuyen a causar un daño y acostumbran a ser un factor de criminalidad en lugar de favorecer la reinserción social.

En esta misma línea, algunos críticos actuales sostienen que determinadas regulaciones jurídicas contribuyen a perpetuar las desigualdades o los conflictos sociales existentes.

Conflictos derivados del fenómeno de la multiculturalidad

Volviendo al ejemplo anterior sobre los conflictos derivados del fenómeno de la multiculturalidad, la experiencia muestra que, a veces, la aprobación de una nueva norma contribuye a desestabilizar todavía más sociedades poco cohesionadas donde conviven grupos con valores y culturas diferentes. Sobre todo, si se considera que la norma jurídica (por ejemplo, la prohibición de vestir determinada indumentaria religiosa en las escuelas públicas) no es neutra, sino que tiene la función de imponer determinados valores o normas sociales característicos de la cultura mayoritaria a las minorías disidentes.

De hecho, el auge de los llamados “medios alternativos de resolución de conflictos”, como la mediación, tanto en el Derecho doméstico como en el Derecho internacional, responde precisamente a esta voluntad de evitar la perpetuación del conflicto que a veces provoca la intervención de los métodos judiciales estándares.

Así, los defensores de estos medios suelen aducir que la juridificación de los conflictos (sobre todo a partir de procesos judiciales) en muchos casos no contribuye a resolverlos. De aquí la relevancia creciente de movimientos que promueven la desregulación de las relaciones jurídicas y la tendencia a la resolución privada de los conflictos mediante técnicas de negociación y pacto que normalmente queda al margen de los mecanismos jurídicos tradicionales.

3.1.3. Técnicas de control social

Las autoridades normativas tienen a su disposición diferentes métodos para llevar a cabo la función de control social en sus diferentes dimensiones.

Como ya se ha indicado, las **técnicas de represión** de los comportamientos que se apartan de las prescripciones normativas se asocian por lo común al núcleo del Derecho. Por este motivo, las sanciones son el ejemplo paradigmático de las técnicas de control social. En este sentido, la mayoría de estudios introductorios al Derecho resaltan su función represiva, ya que una buena parte de las normas jurídicas se concentra en los comportamientos socialmente indeseados y trata de impedir su realización. Aquí, sin embargo, hemos optado por hablar de “técnica”, ya que entendemos que la represión no es, en sí misma, una función del Derecho, sino un instrumento que contribuye a hacer efectiva una finalidad más básica, como es el control social.

En todo caso, la expectativa, como hemos indicado antes, es que las sanciones no se tengan que hacer efectivas, sino que la amenaza de su imposición (el temor a la aplicación de normas sancionadoras) sea suficiente para desincentivar las tendencias a la desviación del marco normativo existente.

En este sentido, las normas que prevén sanciones tienen un efecto preventivo, en la medida en que contribuyen a evitar que se realicen los comportamientos indeseables. El éxito en la producción de este efecto estará en función de factores diversos; sin embargo, en términos generales, del hecho de que la sanción se considere lo bastante grave para abstenerse de realizar el comportamiento prohibido.

Ejemplo de técnica represora

Si el objetivo del legislador es reducir el número de muertes en accidentes de tráfico y se parte de la constatación de que, en la mayoría de casos, los accidentes más graves están causados por el exceso de velocidad, las sanciones que se imponen por la infracción de las normas relevantes tienen que ser verdaderamente graves para producir el efecto preventivo deseado. Por ejemplo, si las sanciones son sólo pecuniarias, es previsible que el comportamiento de los conductores con una renta más elevada que conducen los coches más potentes no cambie radicalmente. Si la sanción, en cambio, consiste en la retirada del permiso de conducir en los conductores imprudentes, o bien penas de prisión en caso de que se ponga en peligro la vida de las personas, el efecto probablemente será diferente.

Con respecto a la **técnica promocional**, como indica el propio término, pretende incitar positivamente a provocar la adecuación de los comportamientos a las normas jurídicas, o bien la promoción de conductas que se consideran deseables.

En la práctica, puede hacerse efectivas mediante ventajas de cualquier tipo de las que se benefician las personas que cumplen los patrones normativos establecidos. Podemos incluir premios, subvenciones, medidas de desgravación fiscal, reducciones de condena, etc.

Ejemplo de técnica promocional

Suponemos que el objetivo es mejorar la salud de los ciudadanos. Para alcanzarlo sin recurrir a técnicas coercitivas o que impliquen sanciones, el legislador puede ofrecer ventajas tanto a las personas que transforman sus hábitos sedentarios o poco saludables como a las entidades que colaboran activamente en el cumplimiento de este objetivo. En Alemania, por ejemplo, el estado otorga ventajas económicas significativas a las personas que se someten voluntariamente a pruebas de diagnóstico destinadas a prevenir la aparición de determinadas enfermedades graves. Otro ejemplo serían las medidas que premian a los individuos que, habitualmente, cumplen la normativa de tráfico con reducciones impositivas.

Es interesante constatar que diversos estudios han tratado de establecer una relación entre el uso de estas dos técnicas de control social y diferentes modelos o formas de estado. Parece que, si estamos ante un estado liberal con tendencias abstencionistas, el Derecho cumplirá principalmente la función de supervisión de las instituciones sociales de una forma menos intrusiva con respecto a las funciones concretas que estas instituciones realizan, recurriendo principalmente a mecanismos de control para mantener la paz social, garantizar ciertos derechos y libertades básicos, etc. Si, por el contrario, nos encon-

tramos ante un estado social más intervencionista, la función de control se convierte más bien en una función de dirección de la sociedad hacia determinadas finalidades sustantivas que se consideran “justas” o “buenas”.

Así, el estado social utiliza el aparato jurídico con el fin de garantizar que todos los ciudadanos disfruten de un grado de bienestar social.

Analizando esta dinámica, Bobbio hace referencia a la “pérdida de función del Derecho” en las sociedades industriales más avanzadas. Con esta expresión, el jurista italiano quiere enfatizar el hecho de que los estados democráticos modernos tienen tendencia a superar la visión del Derecho vinculada a la función de represión tradicional y a asumir técnicas alternativas a la coacción más efectivas para alcanzar los objetivos de la integración y cooperación sociales.

Concretamente, destacan el recurso al estímulo (la animación de ciertas actividades económicas, por ejemplo) y a la recompensa (como puede ser la exención de pagar un determinado impuesto en caso de que se realice la conducta que se quiere promover); también se utiliza la propaganda a través de los medios de comunicación de masas, con el fin de potenciar la adhesión a valores comunes y la imposición de los comportamientos considerados como deseables para el conjunto social. En opinión de Bobbio, a medida que se incrementan estos medios alternativos de consenso y de integración social, disminuye la necesidad de recurrir al elemento coercitivo propio del Derecho.

En este sentido, las sociedades avanzadas se orientan cada vez más hacia la prevención, y no tanto a la represión, aprovechando los desarrollos de otras ciencias sociales como la psicología, la sociología y la pedagogía. Sin embargo, este razonamiento no implica que el análisis de cuáles han sido o son las funciones características del Derecho en nuestras sociedades pierda interés. Esta “pérdida de función del Derecho” a que hace referencia Bobbio es, más bien, un “cambio” en la función jurídica que afectaría, en todo caso, a su imagen tradicional.

De hecho, el propio Bobbio matiza que los nuevos organismos sociales creados para desarrollar estas técnicas alternativas a la coacción también tienen que estar regulados jurídicamente y, por lo tanto, no se trata de la pérdida o desaparición del Derecho *tout court*, sino de la debilitación de su función represora clásica a la que, de momento, ningún estado social ha renunciado. En consecuencia, sería incorrecto identificar, sin matices adicionales, estado liberal con orden jurídico represivo y estado social intervencionista con orden jurídico promocional.

Lectura recomendada

Sobre la “pérdida de función del Derecho” en las sociedades industriales más avanzadas, consultad la obra siguiente:

N. Bobbio (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (pág. 260). Madrid: Debate.

Lectura recomendada

Sobre el cambio en la función jurídica, consultad la obra siguiente:

M. Atienza (2001). *El sentido del derecho* (págs. 147-148). Barcelona: Ariel.

3.2. Función de legitimación del poder

El Derecho está conectado al poder, tanto político como económico, de una manera compleja. Esta relación se puede considerar desde varios ángulos. Aquí nos interesa, especialmente, la función de legitimación del poder político que se atribuye al Derecho.

En principio, claro está que los órganos y las instituciones políticas son las fuentes generadoras de normas jurídicas; dicho en otras palabras, el medio jurídico es un instrumento para el ejercicio del poder. Pero, a la vez, la incidencia del Derecho en los procesos de formación y ejercicio del poder político constituye un elemento central para legitimar este poder.

Lo que Kelsen denomina la *norma fundamental* y Hart la *regla de reconocimiento* cumplen la función de juridificar el poder político; en palabras de Atienza, de “hacer que lo que de otra manera no sería más que un acto desnudo de poder (establecer obligaciones y prohibiciones, condenar a un individuo, etc.) se convierta en un acto jurídico, en un acto lícito”.

Ahora bien, todos los estados hacen uso del instrumento jurídico para alcanzar una serie de finalidades: asegurar el orden social, controlar y distribuir recursos económicos y oportunidades sociales, fomentar determinados valores y, en definitiva, promover la acción política. Pero el hecho de que un estado cree y utilice el Derecho no lo convierte automáticamente en un *estado de derecho*. Esta es una forma concreta de estado donde el aparato de gobierno se organiza y actúa sometido a reglas jurídicas.

Dicho de otra manera, en este tipo de estado el Derecho es el medio en que el poder se constituye, organiza y se legitima. El ejercicio de los poderes y actuaciones públicas está sometido a la ley, en especial, a la Constitución. El control del estado es, por lo tanto, jurídico y no religioso o ético, por ejemplo. En este contexto, la ley se interpreta como expresión de la voluntad general. Aunque no podemos extendernos en este punto, las garantías concretas de la sumisión del poder al Derecho son, principalmente, las siguientes: el principio de división de poderes, el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la protección de determinados derechos y libertades individuales fundamentales.

Los orígenes del estado de derecho

El origen de esta forma de organización política lo encontramos en las revoluciones liberales del siglo XVIII, con la fusión de las ideas de *nación* y *estado* que determinó el éxito histórico de los estados nacionales. La expansión del liberalismo supondrá la ruptura de las trabas económicas y sociales existentes en el antiguo régimen, que impedían la consolidación del capitalismo, y el progresivo reconocimiento de los principios de libertad e igualdad individuales. En la utopía liberal, la prosperidad y felicidad individuales se consiguen cuando la persona humana es libre. La sumisión del estado al derecho, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, es una concepción opuesta al estado absoluto.

Sin embargo, esta primera etapa liberal presenta grandes insuficiencias, ya que, según la burguesía, el estado tenía que ser gobernado por los hombres más ricos, que, al mismo tiempo, se consideraban los más capacitados. Por lo tanto, en sus orígenes, *estado*

Ved también

Los conceptos *norma fundamental* y *regla de reconocimiento* se analizan en el módulo “Norma jurídica y sistema jurídico” de esta asignatura.

Lectura recomendada

Sobre la función de legitimación del poder político que se atribuye al Derecho, consultad la obra siguiente:

M. Atienza (2001). *El sentido del derecho* (pág. 140). Barcelona: Ariel.

Ved también

El concepto de ley, interpretado como expresión de la voluntad general, se analiza con más detalle en la asignatura *Derecho constitucional*.

Lectura recomendada

Sobre este proceso, consultad la obra siguiente:

Elías Díaz (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus.

de derecho no es igual a *estado democrático*. Muchos grupos sociales (las mujeres, los no propietarios, etc.) son excluidos del ejercicio del derecho al voto y de la participación en las diferentes esferas de poder.

En síntesis, un aspecto central de la noción de **estado de derecho** consiste en postular la sumisión de todos los poderes al Derecho.

Un aspecto importante de la función civilizadora que cumple el Derecho consiste en limitar el ejercicio del poder político, que tiene que ejercerse de acuerdo con normas preestablecidas. En este sentido, la legitimidad de tipo legal es, como ya señaló Max Weber, la que caracteriza al estado moderno. Weber distingue entre poder fáctico (*Match*) y dominación legítima (*Herrschaft*) y sostiene que la existencia de un orden jurídico que autoriza el ejercicio de la coacción es lo que nos permite identificar una situación como “dominación legítima”. A lo largo de los próximos módulos veremos que, en el fondo, esta es la misma cuestión que se han planteado algunos de los teóricos del Derecho más relevantes cuando tratan de distinguir entre el ordenamiento coactivo estatal de la coerción ejercida por una banda de ladrones.

La relevancia de la función legitimadora del Derecho está, por lo tanto, vinculada a evitar que las conductas o sanciones que prescriben las normas jurídicas se asocien a un puro ejercicio de dominación por parte de los más poderosos. No podemos olvidar que el Derecho, en última instancia, impone restricciones importantes a la libertad individual y, en este sentido, es importante que los destinatarios de las normas las perciban como parte de un ejercicio de la autoridad justificado. Eso, además, contribuye a garantizar la estabilidad y el consenso y adhesión sociales.

El término *legitimación*, en el sentido utilizado por sociólogos como Weber, tiene un carácter descriptivo. Contribuye a comprender lo que ya hemos destacado en el subapartado anterior: el hecho de que, normalmente, los sistemas jurídicos y políticos funcionan sin tener que recurrir más que excepcionalmente al ejercicio de la fuerza física. Esto no quiere decir, sin embargo, que legitimación equivalga a *legitimidad*, en el sentido de que, aunque la conciencia de legitimidad constituye una condición por la existencia y estabilidad de los sistemas políticos, no todos los sistemas políticos son necesariamente legítimos en el sentido de *justos* (sea cual sea la concepción normativa de justicia que prediquemos). Esta última tesis tiene un carácter normativo y no sociológico.

Lecturas recomendadas

Sobre la distinción entre legitimación y legitimidad, consultad la obra siguiente:

E. Garzón Valdés (1987). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sobre la función legitimadora del Derecho en general, consultad la obra siguiente:

J. de Lucas (coord.) (1995). *Introducción a la teoría del dret* (págs. 106-108). Valencia: Tirant Lo Blanch.

3.3. Seguridad jurídica

En un sentido muy básico, la noción de *seguridad jurídica* está relacionada con las ideas de certeza y previsibilidad. Más concretamente, hace referencia a la posibilidad de conocer qué exige el Derecho de forma previa a la acción, así como a la posibilidad de predecir la conducta de los demás.

En este sentido, se trata de una función que conecta con la de ordenación de conductas vinculada al control social. Si las normas jurídicas aspiran a regular el comportamiento humano, entonces es fundamental que sus destinatarios puedan comprender su significado, conocerlas y, por lo tanto, actuar en consecuencia (adecuando sus acciones de manera correspondiente), o bien prever las repercusiones del comportamiento desviado.

La finalidad de este principio es, pues, que los ciudadanos sepan lo que está prohibido o permitido y planificar o dirigir su conducta a partir de este conocimiento. También es importante saber cuáles son las sanciones en caso de incumplimiento. Así, el Código penal de los estados democráticos no es sólo un catálogo de conductas prohibidas; también es una garantía de los delincuentes en la medida en que determina la pena aplicable en caso de delito y, en este sentido, evita que pueda aplicarse una sanción más grave o diferente.

Hay que observar que incluso los ordenamientos jurídicos de estados totalitarios suelen ofrecer un mínimo de certeza y previsibilidad a los destinatarios de las normas, ya que el ejercicio efectivo del control social depende en buena medida de estos factores. Ahora bien, en estos regímenes la incertidumbre también tiene una función central para promover el terror y la sumisión de la población. La indeterminación de las penas, por ejemplo, es un instrumento característico de los regímenes dictatoriales. En general, la vaguedad y la oscuridad que caracteriza la legislación de estos estados no son, por decirlo de alguna manera, efectos indeseados vinculados a la complejidad y profusión de materias y aspectos de la vida social regulados; por el contrario, estos defectos se promueven intencionadamente con el fin de consolidar la capacidad represora y de dominación de los gobernantes.

La **certeza** o **seguridad jurídica** es una función central del Derecho en los estados democráticos. En la práctica, sin embargo, esta función se cumple en diferentes grados. Es decir, no todos los sistemas jurídicos ofrecen el mismo nivel de seguridad jurídica.

En general, el grado de certeza tiende a ser inferior en los sistemas menos evolucionados, donde la regulación es menos precisa, aunque, en ocasiones, la proliferación y el detalle en la regulación vigente en las sociedades más avan-

zadas provocan confusión más que certeza. En este sentido, los ciudadanos de estados democráticos a menudo se quejan de la complejidad que caracteriza la legislación en materia de impuestos, de subvenciones públicas, etc. En estos estados, la seguridad jurídica es un valor que normalmente se presupone, ya que de otra manera es difícil justificar la aplicación de sanciones por incumplimiento de las normas. Así hay que entender la racionalidad de la conocida máxima “la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento”, que, de hecho, presume que los destinatarios de las normas pueden conocerlas y seguir las directrices marcadas por el legislador sin necesidad de realizar grandes esfuerzos.

Ahora bien, ¿cómo se puede garantizar la seguridad jurídica, de manera tal que el presupuesto anterior tenga sentido? En general, la seguridad jurídica se trata de asegurar mediante las siguientes pautas:

- La redacción de normas claras y precisas.
- La publicidad de las normas.
- El cumplimiento de las normas por parte del estado y su aplicación por parte de los tribunales.

3.3.1. Redacción de normas claras y precisas

La manera de redactar las normas es importante para promover la certeza. Idealmente, las normas tienen que expresarse en un lenguaje que resulte fácilmente comprensible para sus destinatarios, con el fin de facilitar su conocimiento. También tienen que ser precisas, de manera que los ciudadanos no tengan dudas sobre las obligaciones, prohibiciones o permisos que establecen.

Existen numerosos estudios centrados en el análisis de técnicas legislativas que favorecen la claridad y la precisión, evitando defectos como la vaguedad o la ambigüedad. Ahora bien, estos problemas no son del todo eliminables, ya que las normas se expresan en un lenguaje natural (catalán, español, inglés, etc.) y siempre subsistirá un cierto nivel de imprecisión consustancial al uso del lenguaje. La claridad, en este sentido, es también una cuestión de grados.

Además, como se ha apuntado, la complejidad de los sistemas sociales y jurídicos actuales hace que la claridad se convierta en un objetivo cada vez más difícil de alcanzar por parte del legislador. La normativa fiscal, por poner un ejemplo común, es en muchos casos inaccesible a los ciudadanos profanos y es frecuente recurrir a la asistencia de expertos con el fin de saber lo que prescribe la normativa vigente. Esta problemática es especialmente importante en los estados sociales, donde la proliferación de la regulación en el ámbito del Derecho público aumenta la incertidumbre.

Con frecuencia, conocer el Derecho requiere una formación especializada que la mayoría de ciudadanos no posee. Por este motivo, cada vez es más común que los gobiernos promuevan campañas informativas (haciendo uso de los medios de comunicación, por ejemplo) previas a la entrada en vigor de normativas particularmente complejas o con un impacto importante en las conductas habituales de los ciudadanos. Pensemos, por ejemplo, en las campañas que preceden la apertura del periodo fiscal que, a menudo, ofrecen asistencia a los ciudadanos a fin de que puedan cumplir la normativa vigente.

La idea que reside bajo el requisito de **precisión normativa** representa una barrera contra la arbitrariedad de los poderes públicos, tanto en la fase legislativa como, sobre todo, en la fase de aplicación de las normas. Ya Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, afirmaba que es esencial que las palabras de la ley despierten en todos los hombres las mismas ideas. Un lenguaje demasiado abstracto, o el uso de conceptos especialmente controvertidos, podrían convertir las prohibiciones y obligaciones en inciertas y, por lo tanto, afectar a la seguridad jurídica de los ciudadanos. Por ejemplo, la obligación de ser un “buen padre” o una “buena madre” puede concretarse en la necesidad de realizar conductas muy diversas, en función de las concepciones que tenga el intérprete de la norma.

También resulta esencial que las sanciones sean precisas; la flexibilidad de la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento (por ejemplo, dejar la determinación de la pena al criterio subjetivo del juez) no sólo dificulta que los ciudadanos puedan prever las consecuencias que tendrá un comportamiento desviado, sino que abre la puerta a posibles arbitrariedades por parte de los aplicadores del Derecho. Evitar la arbitrariedad es también importante para preservar un ideal básico del estado de derecho como es la igualdad formal (o de trato) de los ciudadanos ante la ley. A este ideal haremos referencia más adelante en este mismo módulo.

Ahora bien, sin perjuicio de la validez general de las observaciones precedentes, hay que advertir que, a veces, el énfasis excesivo en la precisión puede conducir al defecto contrario: la **rigidez**. Así, las leyes que prevén sanciones muy precisas aplicables a determinados supuestos de hecho, sin posibilidad de hacer matices o tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, pueden dar lugar a una aplicación del Derecho mecanicista, sin sensibilidad por el contexto, que produce injusticias. Por eso, algunos juristas son partidarios de incorporar un cierto grado de flexibilidad que permita a los jueces y aplicadores del Derecho tener en cuenta las circunstancias que rodean cada caso.

La ponderación entre rigidez y flexibilidad de las normas, y también la distinción entre discrecionalidad justificada y arbitrariedad judicial, son cuestiones muy complejas. La posición que se adopte dependerá, en muchos casos, de la confianza que cada sociedad tenga en la independencia y honorabilidad de los jueces y otras instancias de aplicación del Derecho.

3.3.2. La publicidad de las normas

La certeza requiere que las normas sean conocidas. El motivo es obvio: de poco servirían la transparencia y la precisión si los destinatarios no tuvieran acceso a la normativa. Por ello, los sistemas jurídicos modernos otorgan a la publicación de las normas una importancia crucial, hasta el punto de que este es un requisito necesario para su validez.

Eso no siempre ha sido así. En diferentes regímenes jurídicos históricos, como sucedía en la antigua Roma, el conocimiento del Derecho era un monopolio reservado a algunas clases sociales contra el cual, con el tiempo, se rebelaron los plebeyos. En contraste, en el mundo actual este requisito es indiscutible; generalmente, se fija un plazo para que una nueva ley se publique y también se deja un periodo de tiempo hasta que entra en vigor, de manera tal que todo el mundo pueda conocerla. En España, el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) publica la normativa estatal, y en Cataluña, el *Diari Oficial de la Generalitat* (DOGC) hace la misma función para las normas aprobadas en esta comunidad autónoma.

Por otra parte, la prohibición general de retroactividad de las normas también está relacionada con la publicidad como requisito de certeza.

Supongamos que una nueva ley se aplica a conductas que han tenido lugar en el pasado, imponiendo sanciones a los ciudadanos que las han llevado a cabo; en este caso, los supuestos infractores no podían saber, en el momento de realizar su conducta, sus repercusiones legales en el futuro y, por lo tanto, la imposición de la sanción vulneraría gravemente su seguridad jurídica. Sólo excepcionalmente se otorga a las leyes un efecto retroactivo, pero la justificación de estos supuestos tiene que ver, precisamente, con los beneficios objetivos que las nuevas normas aportan a sus destinatarios.

La retroactividad de las normas

Aunque, en principio, las normas penales no pueden tener efectos retroactivos, una importante excepción se da cuando una nueva ley despenaliza una determinada conducta (el aborto, por ejemplo) o bien disminuye la pena que se atribuía anteriormente.

Por último, el requisito de que las normas sean públicas garantiza a los ciudadanos la posibilidad de conocerlas, pero no asegura que este conocimiento efectivamente exista.

Es decir, en la medida en que los ciudadanos tenemos acceso gratuito a los diarios o boletines oficiales donde se recoge la nueva legislación, no podemos alegar el desconocimiento con el fin de justificar infracciones normativas. Esta es la idea subyacente al famoso dicho “la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento”, que tiene sentido cuando la ignorancia puede calificarse, por así decirlo, de culpable o, cuando menos, de imprudente.

Ahora bien, sin perjuicio de la validez general de esta tesis, los legisladores y las autoridades públicas son conscientes de que la publicidad que consiguen mediante los diarios o boletines oficiales es limitada, ya que los ciudadanos no consultan regularmente estos boletines. Por este motivo, como ya hemos observado, es frecuente hacer uso de otros medios de comunicación, como los diarios y la televisión, para difundir y dar la máxima publicidad a las novedades legislativas, sobre todo cuando los cambios son de especial relevancia (por ejemplo, si se aprueba un nuevo Código penal). En estos casos, además, el periodo de *vacatio legis* (el tiempo que transcurre entre la promulgación y la entrada en vigor de la ley) se acostumbra a ampliar, a fin de que los destinatarios de las normas tengan ocasión de conocerlas suficientemente.

3.3.3. El cumplimiento de las normas por parte del estado y su aplicación por parte de los tribunales

Los requisitos que hemos mencionado, hasta el momento, tampoco serían suficientes para asegurar la certeza o seguridad jurídica si el estado (los poderes y autoridades públicas) incumpliera las normas jurídicas o bien no las hiciera cumplir a sus destinatarios. Efectivamente, por una parte, la sumisión de todos los poderes públicos a la ley no sólo otorga seguridad a los ciudadanos, sino que, como ya hemos explicado, es un requisito inherente a la noción de estado de derecho. El ejercicio del poder estatal tiene que estar amparado en normas jurídicas con el fin de prevenir el abuso de poder y la corrupción. Por otra parte, el estado, por medio de los órganos aplicadores del Derecho correspondientes (típicamente, juzgados y tribunales de justicia) tiene que poner los medios suficientes para que las normas se apliquen de manera igual a todo el mundo.

La seguridad, aquí, se traduce en la **percepción de no arbitrariedad institucional** por parte de los ciudadanos, que, al mismo tiempo, les permite mantener la convicción de que todo el mundo es igual ante la ley, con independencia de factores raciales, de género, clase social, etc. La igualdad formal, entendida en este sentido, también es fundamental en un estado de derecho.

La satisfacción de esta condición también puede darse de manera gradual. De hecho, el grado de tolerancia que cada sociedad muestra en los casos de desviación de este criterio es un elemento indicativo importante para evaluar la relativa consolidación de sus instituciones democráticas. Idealmente, en un estado democrático de derecho, las normas jurídicas no sólo son claras y precisas, sino que su cumplimiento está rigurosamente asegurado por el aparato coactivo y judicial del estado. La certeza es mayor, por lo tanto, en sistemas jurídicos desarrollados caracterizados por la existencia de reglas secundarias, en la terminología de Hart. Como se examina con más detalle en el módulo siguiente, “Norma jurídica y sistema jurídico”, en estos sistemas hay reglas que establecen cuáles son los órganos o procedimientos dirigidos a hacer cumplir los derechos y obligaciones, que especifican cuándo y de qué manera se pueden modificar las normas jurídicas, y, por último, que permiten identificar una norma como parte del ordenamiento jurídico.

En resumidas cuentas, la seguridad o certeza jurídica es fundamental para fomentar el cumplimiento de las normas, evitar la arbitrariedad institucional y promover la autonomía de las personas (en la medida en que los destinatarios de las normas puedan decidir seguirlas, o bien adquieran conciencia de las consecuencias del incumplimiento) y la igualdad formal.

3.4. La justicia como función del Derecho. Algunas observaciones sobre las relaciones entre seguridad jurídica y justicia

No podemos concluir este apartado sin hacer referencia a una de las funciones más controvertidas que habitualmente se atribuye al Derecho: la justicia.

La noción de **justicia** es extremadamente compleja por la multiplicidad de sus significados y valores, no siempre fáciles de armonizar o compatibles entre sí, a los que a menudo se asocia.

De hecho, hay muchas maneras de entender qué es justicia –es decir, muchas “teorías de la justicia”–, desde el kantismo hasta el utilitarismo, pasando por el marxismo, el feminismo y el comunitarismo, que proponen diferentes ideas con el fin de otorgar sentido a este ideal. El estudio de estas teorías sobrepasa

los objetivos de este módulo, que son más modestos: por una parte, nos aproximaremos a las dificultades que plantea entender la justicia como función del Derecho, lo cual nos permitirá introducir algunas distinciones y conceptos útiles, como la distinción entre justicia material y justicia formal. Por otra parte, expondremos las relaciones entre este último concepto y otros conceptos afines, especialmente con el concepto de seguridad jurídica ya analizado. Hay que recordar que, al final del curso, en el módulo “Derecho y moral”, volveremos a la discusión sobre las relaciones entre el Derecho y la moral y examinaremos algunas de las teorías morales más prominentes.

Como acabamos de indicar, el problema de definir justicia reside en que nos encontramos ante un concepto controvertido, que históricamente se ha asociado a una multiplicidad de valores morales (libertad, igualdad, dignidad, etc.) no siempre compatibles entre sí o fáciles de armonizar y cuyo significado es también polémico. Cada una de estas concepciones de la justicia (pensemos, por ejemplo, en la universalmente conocida teoría de Kant) tiene vocación *normativa* y pretensiones de objetividad. Es decir, una teoría de la justicia pretende establecer, de manera justificada, lo que es moralmente correcto y, a partir de aquí, prescribir las conductas que hay que prohibir o llevar a cabo con el fin de realizar sus preceptos morales. Este discurso de *moral crítica*, en la terminología por lo común utilizada, se contrapone a los discursos de *moral social*, puramente descriptivos, que pretenden explicar (más que justificar) cuál es la moralidad prevalente en una sociedad o periodo histórico concretos.

El problema de considerar que una de las funciones del Derecho es la justicia social radica, por lo tanto, en la indeterminación relativa de este concepto, dada la pluralidad de maneras de entender este ideal. Concretar de manera más precisa en qué consiste esta función, y qué tipo de normas jurídicas contribuyen a realizarla, requeriría asumir la validez de alguno de los diferentes significados asociados al término “justicia” (es decir, tendríamos que reivindicar la superioridad de alguna de las teorías de la justicia existentes).

Este ejercicio, perfectamente posible desde un punto de vista individual, es mucho más problemático cuando involucra a todo un colectivo diverso, como es el caso de las sociedades democráticas actuales. Estas sociedades se caracterizan por la convivencia de grupos y personas que no siempre comparten las mismas concepciones de la justicia o de lo que es bueno. Son estos desacuerdos lo que dificultan la imposición de una concepción particular de la justicia.

Ejemplos de desacuerdo sobre la concepción de justicia

Para una feminista, la autonomía de la mujer en la esfera de la sexualidad y la reproducción es un valor esencial, mientras que los que mantienen una moralidad católica que prioriza el derecho a la vida en cualquier estadio de formación discrepan en este punto. Por esta razón, es previsible que el segundo grupo sea favorable a una regulación restrictiva del aborto, por ejemplo, mientras que el primer grupo es partidario de una “desregulación” de esta materia, o dicho de otra manera, de que el Derecho otorgue un amplio margen de permisividad compatible con la libertad de la mujer.

He aquí otro ejemplo en relación a un problema de actualidad para todo el mundo: la producción y el consumo de alimentos básicos y de agua potable. Las personas que sus-

criben una moralidad liberal consideran a menudo que el estado se tiene que abstener de interferir en las actividades de comercio entre personas privadas, regulándolas excesivamente, ya que éstas tienen que estar sujetas al libre mercado. En este sentido, si un bien es escaso, simplemente se tiene que aceptar que el precio aumente y, en consecuencia, que el acceso sea más restrictivo. Podemos lamentar este resultado, pero sería injusto promover legislación con el objetivo de contrarrestar este efecto, ya que el principio de libertad, individual y de empresa, y el derecho de propiedad (que prioriza el liberalismo político) inevitablemente conlleva asumir las limitaciones del estado para interferir en ámbitos que corresponden a las relaciones privadas. Las restricciones a este principio, por lo tanto, tienen que estar limitadas a casos muy excepcionales. En cambio, los defensores de doctrinas más igualitaristas tendrán tendencia a exigir la presencia del estado en la regulación de temas que, en principio, corresponden al Derecho privado cuando están en juego bienes básicos o con el fin de garantizar un acceso al mercado más igualitario, una distribución más justa de esos bienes, etc. Las doctrinas igualitaristas más próximas al marxismo incluso asumirían la necesidad de imponer restricciones importantes en la propiedad privada de determinados bienes o recursos.

En síntesis, las implicaciones de afirmar que una de las funciones del Derecho es promover la justicia social serán muy diferentes en función de cuál sea la concepción concreta que se pretende implementar mediante normas jurídicas.

En parte por esta razón, una doctrina muy influyente en la teoría del Derecho, el positivismo jurídico, considera fundamental separar conceptualmente la noción de *derecho* de la de *justicia*. Aunque dentro del positivismo podemos encontrar varias corrientes que interpretan de forma diferente las implicaciones de este postulado, en general, sus partidarios suelen reaccionar en contra de la doctrina iusnaturalista, que parte de un concepto de derecho intrínsecamente vinculado a valores morales sustantivos.

Para los iusnaturalistas, el concepto de *derecho* o de *norma jurídica* tiene que reservarse para aquellas disposiciones que promueven determinados principios universales e inmutables de justicia (o, como mínimo, que son compatibles con estos principios, en el sentido de que no los contradicen). Sin embargo, tal como objetan los positivistas, incluso si asumimos el objetivismo y la universalidad de ciertos principios morales, el problema radica en cómo identificar estos principios en un mundo plural y complejo donde diferentes grupos e individuos consideran su propia moralidad como “objetivamente válida”.

Ahora bien, el debate entre iusnaturalistas y positivistas es un debate sobre el “concepto” de Derecho, y no sobre las “funciones” del Derecho, que es la cuestión que aquí nos interesa.

Es perfectamente coherente suscribir la principal tesis conceptual positivista sobre la necesidad de separar Derecho y moral, y mantener que la justicia es una de las funciones del Derecho. Aunque el desacuerdo en materia moral es consustancial a cualquier sociedad democrática, se puede argumentar que la promoción de la justicia social es una de las principales *aspiraciones* de los sistemas jurídicos en los estados democráticos. De hecho, buena parte de las normas que pertenecen a estos sistemas (empezando por las declaraciones de derechos y libertades fundamentales contenidas en las constituciones hasta la

Ved también

Ved con más detalle el debate entre iusnaturalistas y positivistas en el módulo “Derecho y moral” de esta asignatura.

normativa fiscal que obliga al pago de impuestos progresivos) pueden verse como un esquema de implementación de una determinada manera de entender esta aspiración.

Inevitablemente, la concreción del ideal de justicia producirá resultados normativos diferentes, ya que, ante la pluralidad de significados que se asocian a este concepto, normalmente asumimos que cada país o sociedad tiene derecho a decidir lo que es justo y, también, a revisar sucesivamente estas decisiones.

En este sentido, la democracia es fundamental para ejercer esta autonomía colectiva, ya que incorpora procedimientos para adoptar y revisar decisiones sociales. Muchas de estas decisiones hacen referencia a temas o materias que tienen una dimensión moral: desde la consagración constitucional de un catálogo concreto de derechos fundamentales hasta la legislación ordinaria los derechos de los trabajadores, las garantías de los detenidos, el aborto, etc. Estas decisiones concretas expresan el triunfo de una particular manera de entender la justicia social que puede ser diferente en otras sociedades, y cambiar a lo largo del tiempo, en la medida en que cambien las mayorías parlamentarias. Por ello, algunos destacados sociólogos del Derecho contemporáneos, como Günter Teubner, afirman que la justicia que se promueve por medio del Derecho es contingente, más que trascendente o universal.

Las sucesivas luchas para alcanzar la emancipación de grupos sociales o culturales minoritarios ilustran esta reflexión previa. En efecto, los movimientos feministas, de homosexuales y de defensa de los derechos de los inmigrantes o de las minorías culturales o raciales han criticado el Derecho vigente sobre la base de su “injusticia” y, a partir de aquí, han propuesto la adopción de normas alternativas que, según ellos, constituyen una mejor manera de realizar esta aspiración. Por ejemplo, la pugna por el derecho a casarse de los homosexuales involucra la transformación de normas que, probablemente, reflejan una visión de la justicia poco igualitaria, o incluso inconsistente con otras normas, en la medida que excluyen a determinadas categorías de personas del acceso a instituciones sociales fundamentales. En el pasado, las luchas por la atribución de derechos políticos como el derecho al voto a las mujeres y a los negros también implicaron una revisión parecida de las concepciones de la justicia predominantes, que se tradujo en importantes transformaciones legislativas.

En resumidas cuentas, podemos afirmar que la justicia es una función del derecho –al menos, del Derecho en los estados democráticos– en la medida en que una de las aspiraciones centrales de los diferentes sistemas jurídicos consiste en la realización de determinados ideales (libertad, igualdad, dignidad etc.) que normalmente se asocian a este concepto.

Ahora bien, esta función puede cumplirse de maneras muy diferentes, precisamente porque, como se ha explicado, nos encontramos ante un concepto abstracto de carácter controvertido, que admite varias traducciones en el mundo práctico y político, en función de las mayorías y visiones del mundo predominantes en cada sociedad. Es por este motivo que podemos ver las normas jurídicas reguladoras de temas con una clara dimensión moral como concreciones contingentes de esta aspiración general a la justicia común al Derecho de los países democráticos.

Hasta aquí, nos hemos referido a la noción de justicia en un sentido *material*, o sustantivo, asumiendo que el proceso legislativo a menudo exige decantarse por una determinada concepción sustantiva de la justicia. A esta concepción de la justicia puede contraponerse a lo que algunos autores, analizando los sistemas jurídicos modernos, llaman “*justicia formal*”.

La justicia formal es un ideal abstracto que opera como una restricción a la argumentación de los juristas, en términos de MacCormick, y permite identificar lo que Fuller llamaba la “moralidad interna del Derecho”.

La “moralidad interna del Derecho”

L. Fuller argumenta que el derecho tiene la función de someter la conducta humana a una serie de reglas. Para llevarla a cabo, un sistema jurídico tiene que satisfacer determinados criterios de moralidad interna (que tienen un carácter procedimental más que sustantivo), ya que contribuyen de forma decisiva al éxito de este objetivo. Según Fuller, estos criterios son los siguientes: las normas tienen que expresarse en términos generales, tienen que ser públicamente promulgadas, tienen que dirigirse a regular acciones futuras, se tienen que expresar con claridad, tienen que ser consistentes con las otras normas, no pueden regular conductas que vayan más allá de los poderes de sus destinatarios, no pueden cambiar constantemente y tienen que aplicarse de manera consistente con lo que postulan.

Para empezar, el hecho de que los jueces, y el resto de aplicadores del Derecho, estén sometidos a la ley –es decir, el hecho de que tengan que impartir justicia “de acuerdo con la legalidad vigente”– es una manifestación central de este sentido formal de justicia. De aquí que a menudo se afirme que una determinada sentencia “es justa” como sinónimo de “legal”, es decir, para expresar que su contenido se ajusta al Derecho vigente. De esta manera, se entiende que los jueces tienen que dejar de lado sus convicciones subjetivas sobre lo que exige la justicia material con el fin de cumplir adecuadamente su función.

Lecturas recomendadas

Sobre la justicia formal como ideal abstracto y sobre la “moralidad interna del Derecho”, ved, respectivamente:

N. MacCormick (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory* (cap. 4). Oxford: Clarendon.

L. Fuller (1969). *The Morality of Law* (2.ª ed.). New Haven: Yale University Press.

El valor argumentativo de la justicia formal se traduce en una serie de reglas o pautas que actúan como restricciones del discurso jurídico y afectan a la forma de justificar las decisiones.

La primera de estas reglas es la **igualdad de trato**: el requisito de tratar los casos iguales de manera igual y los casos desiguales de manera desigual (o diferente). Es decir, más allá de las razones concretas que se alegan para justificar una solución determinada, la justicia formal exige que siempre que se plantee un caso con características similares se tendrá que adoptar la misma decisión.

Constitucionalistas y teóricos del Derecho suelen vincular el valor del precedente judicial a esta expresión concreta de la justicia formal. Robert Alexy, por ejemplo, llama al requisito anterior *principio de universalidad* (o *regla formal de justicia*), y considera que el fundamento del uso del precedente lo encontramos en este principio, que trasciende los debates sobre la justicia material.

Normalmente, los jueces aceptan el principio de universalidad como requisito que garantiza la consistencia del discurso jurídico a lo largo del tiempo. Ciertamente, no siempre es fácil llegar a la conclusión de que dos casos compartan una similitud relevante, con el fin de justificar la pertinencia de recurrir a un precedente concreto. Como se explicará cuando tratemos el tema de la interpretación y aplicación del Derecho, las dificultades inherentes a los llamados “casos difíciles” no son despreciables. Ahora bien, a pesar de estas dificultades, hay que tener en cuenta que, como regla general, los jueces aceptan que quien se aparta de un precedente tiene la carga argumentativa; es decir, tiene que justificar de manera especial la desviación de la igualdad de trato implícita en la noción de justicia formal.

Por otra parte, la justicia formal también se ha relacionado con la *seguridad jurídica*, en la medida en que, como ya hemos visto, la seguridad jurídica contribuye a hacer posible la autonomía individual, incrementando la capacidad de previsión de las consecuencias de la propia conducta y de la de los otros y confiriendo certeza a las relaciones jurídicas. Es importante, sin embargo, separar este vínculo entre justicia *formal* y seguridad jurídica de las conexiones que a menudo se establecen entre justicia *material* y seguridad jurídica. Si bien es cierto que sería difícil calificar como “justo” un sistema jurídico que no aspirara a satisfacer los valores asociados a la seguridad jurídica (claridad y publicidad de las normas, aplicabilidad generalizada, etc.), también es innegable que no todos los sistemas jurídicos que garantizan un nivel alto de seguridad jurídica –y, en general, de justicia formal– pueden calificarse como justos en el sentido material. Este último juicio involucra consideraciones relacionadas con la legitimidad sustantiva de las normas.

Justicia formal y justicia material. El caso de la Alemania nazi

Pensemos, por ejemplo, en el régimen jurídico vigente en la Alemania nazi. Uno podría llegar a la conclusión de que las normas jurídicas reguladoras de la situación de minorías como los judíos o los gitanos eran impecables desde el punto de vista de la seguridad jurídica: podían ser normas claras, públicas, aplicadas sistemáticamente por el estado,

Lectura complementaria

Sobre el uso del precedente y el principio de universalidad, podéis consultar la obra siguiente:

R. Alexy (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (pág. 274). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

etc., es decir, normas que conferirían absoluta certeza a sus destinatarios. También podían satisfacer la igualdad de trato de todos sus destinatarios (los que pertenecieran, claro está, a las categorías raciales e identitarias establecidas). Ahora bien, es evidente que el problema en este caso lo encontramos en la falta de legitimidad de las normas en cuestión, así como en la delimitación arbitraria de sus destinatarios. Para los defensores de lo que generalmente entendemos como “derechos humanos”, el régimen nazi fue un régimen injusto, que discriminó y sometió a torturas crueles y degradantes a millones de personas inocentes, aunque el sistema jurídico del Tercer Reich garantizara muchos de los elementos por lo común asociados a la justicia formal.

En conclusión, la noción de **justicia formal** involucra una serie de principios que, como la igualdad de trato o la seguridad jurídica, confieren racionalidad al discurso jurídico, en la medida en que expresan ciertos ideales como la universalidad, la coherencia y la no contradicción. Con todo, la satisfacción de estos criterios es una condición necesaria pero no suficiente de la justicia entendida en sentido material o sustantivo. En este sentido, el debate sobre la legitimidad de las normas jurídicas es un debate permanentemente abierto.

Hasta aquí, hemos explicado brevemente las funciones principales que se atribuyen al Derecho desde diferentes ópticas aunque, como hemos insistido, con diferentes grados y prioridades según las teorías sociológicas de la sociedad asumidas. Podríamos añadir otras funciones a esta lista que, como también hemos indicado, no aspira a ser exhaustiva.

Algunas corrientes doctrinales recientes hacen referencia a las funciones educativa y terapéutica del Derecho:

1) Se habla de **función educativa** en la medida en que, por ejemplo, normas como las que prohíben todo tipo de discriminación por razones de género, raza, orientación sexual, etc., promueven el civismo, aunque sea indirectamente, y contribuyen a rechazar falsas creencias y estigmas sociales.

2) Con respecto a la **función terapéutica**, ésta se refiere, sobre todo, a la posibilidad del Derecho de canalizar y resolver los conflictos con intención conciliadora y rehabilitadora, en lugar de centrarse exclusivamente en la adjudicación de responsabilidades. Los defensores de esta visión del Derecho, generalmente, critican los procedimientos jurídicos más comunes (que enfrentan a las partes en un conflicto tratándolos como a adversarios y enfocan el conflicto en términos de ganadores y perdedores) y proponen instrumentos de diálogo y mediación con el fin de promover soluciones más inclusivas que contribuyan a restablecer la paz social.

Sin embargo, la ambivalencia a la hora de incluir estas dos funciones del Derecho al mismo nivel que las anteriores tiene que ver con el hecho de que, desgraciadamente, no todos los estados reconocen y promueven los derechos humanos y la democracia ni todos los sistemas jurídicos reconocen la relevancia

de la función terapéutica del Derecho. Se trata de funciones interesantes pero, hoy por hoy, poco generalizables, lo cual, en todo caso, se pueden englobar en la discusión anterior sobre las técnicas de ejercer el control social.

4. La especificidad del Derecho como fenómeno social

La mayoría de análisis introductorios al Derecho destacan que su finalidad consiste, sobre todo, en guiar la conducta humana y contribuir a minimizar – y, en su caso, resolver– los conflictos sociales. De hecho, teniendo en cuenta la relevancia de estas funciones, es difícil concebir la idea misma de sociedad sin asociarla inmediatamente a la noción de *derecho*, o de *normas jurídicas*. Por ello, tal como hemos apuntado en la introducción, el Derecho no sólo se considera un instrumento, sino un instrumento necesario para construir una sociedad.

También hemos mencionado algunas de las razones que justifican esta afirmación, como la necesidad de disponer de reglas comunes, aplicables a toda la sociedad por encima del pluralismo moral o religioso existente y la necesidad de promover el grado de cooperación necesario para promover bienes sociales o garantizar el cumplimiento de objetivos colectivos. En el fondo, como sostiene Hart, el Derecho contribuye a superar aquellas dificultades que provienen o están relacionadas con ciertas “circunstancias” básicas de la vida humana: escasez de recursos, vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de los otros, racionalidad limitada y conocimiento insuficiente, y relativa falta de empatía y solidaridad de las personas hacia las necesidades e intereses de los otros.

En definitiva, no es necesario pronunciarse sobre la eterna e irresoluble discusión filosófica en torno a la naturaleza, relativamente buena o perversa, del ser humano, sino que, en la línea de Hart, la existencia del Derecho se puede fundamentar en la necesidad de superar ciertos impedimentos estructurales para la cooperación social, la prevención del conflicto y la consecución de valores colectivos, como la paz.

Ahora bien, el Derecho no es el único ordenamiento normativo existente. La moral o la religión también regulan la conducta humana y tenemos instituciones sociales alternativas, como la familia, que también aspiran a superar el tipo de circunstancias de la vida humana a las que Hart hace referencia. ¿Es relevante, por lo tanto, preguntarnos en qué consiste la especificidad del Derecho, es decir, qué es lo que diferencia el instrumento jurídico de otros órdenes normativos?

Lectura recomendada

Un desarrollo de cada una de estas circunstancias de la vida humana según Hart se encuentra en la obra siguiente:

J. J. Moreso; J. M. Vilajosana (2004). *Introducción a la teoría del derecho* (págs. 28-32). Madrid: Marcial Pons.

La respuesta más común a esta pregunta consiste en indicar que, en última instancia, la especificidad del Derecho no deriva de los fines a los que sirve (la paz, la justicia social, la cooperación, la prevención del conflicto, etc.) sino de la “manera particular” en que se promueven y se alcanzan. C. S. Nino destaca dos elementos que son característicos de la manera en que el Derecho consigue establecer las bases de la organización y la cooperación sociales: la autoridad y la coacción institucionalizada.

Con respecto a la autoridad, el Derecho constituye órganos o instituciones que crean normas jurídicas que establecen, entre otras cosas, cuáles son las conductas genéricas permitidas, obligatorias o bien prohibidas. La autoridad de estas reglas dependerá en gran medida de la legitimidad del órgano que las dicta en los ojos de los ciudadanos.

El hecho de que los ciudadanos estén dispuestos a actuar de conformidad con el Derecho es importante para garantizar la estabilidad de los sistemas jurídicos y políticos.

Cabe remarcar que, en este punto, Derecho y poder están íntimamente conectados. Como se ha indicado más arriba, la legitimidad de tipo legal a la que hacía alusión Weber –la creencia en la validez de la legalidad– es una característica esencial del estado moderno. El Derecho en estos estados sería la máxima expresión de un tipo de racionalidad que Weber llama *formal*. La **racionalidad formal** deriva básicamente de la previsibilidad que genera el ordenamiento de conductas mediante normas generales y abstractas, dictadas por órganos establecidos por el propio sistema jurídico. Que esta racionalidad sea “formal” quiere decir que el proceso de toma de decisiones jurídicas sigue ciertos procedimientos basados en principios contemplados por el propio sistema normativo; no se utilizan, por lo tanto, procedimientos arbitrarios, no guiados por normas, ni se recurren a medios que están más allá de la razón (juicios divinos, por ejemplo).

Ahora bien, también en otros sistemas normativos podemos encontrar instituciones e incluso autoridades altamente centralizadas. Pensemos, por ejemplo, en la organización y estructura de la Iglesia católica. Por esta razón, es necesario el segundo elemento al que hace referencia el profesor Nino.

Lo que es verdaderamente distintivo de los ordenamientos que calificamos de *jurídicos* sería el elemento de la **coactividad institucionalizada**: la organización institucional de medios coercitivos con la finalidad de inducir a los miembros del grupo social a comportarse de acuerdo con las normas.

Lectura recomendada

Sobre la autoridad y la coacción institucionalizada como elementos característicos del Derecho, consultad la obra siguiente:

C. S. Nino (1983). *Introducción al análisis del derecho* (págs. 3-5). Barcelona: Ariel.

La técnica de control social propia del Derecho consiste en la amenaza y aplicación de sanciones negativas por aquellos individuos que se comportan de forma jurídicamente indeseable. Se podría incluso afirmar que si existe el Derecho es porque existe la posibilidad de imponer coactivamente las normas jurídicas.

Eso no quiere decir que no haya otros métodos para conseguir que los individuos adecuen su conducta a las normas jurídicas. Bien al contrario, como ya se ha explicado, cada vez es más frecuente que los estados democráticos recurran a técnicas alternativas a la amenaza de sanción. Pero eso no implica que esta sea la técnica que, en último término, permita distinguir el Derecho de otros sistemas normativos y captar la conexión esencial entre Derecho y estado. El estado, como estructura que se considera legitimada para detentar casi en exclusiva el monopolio de la fuerza física (a pesar de la creciente incidencia de las instituciones internacionales), se encarga de garantizar el imperio de la ley utilizando medios coactivos si es necesario.

Hay que observar, además, que tanto la moral como la religión utilizan una técnica de motivación directa a la hora de regular la conducta humana. Si se pretende evitar que las personas cometan homicidios, la norma establece de manera explícita y directa: “No matarás”, y se aspira a que la creencia en la moralidad intrínseca de este mandato o bien la creencia en ciertos preceptos religiosos será suficiente para incentivar el cumplimiento. En cambio, los sistemas jurídicos utilizan lo que Kelsen llamaba una técnica de motivación indirecta. Así, en el ejemplo mencionado, los Códigos penales no prohíben directamente el homicidio, sino que anuncian la pena correspondiente en caso de que se cometa este acto. El enunciado es del tipo siguiente: “El que mate a otro será castigado con una pena de x años de prisión”. En este caso, se confía en que la mayoría de personas se abstendrán de atentar contra la vida de los otros por temor a la sanción. Ciertamente, la motivación de los destinatarios de esta norma puede basarse en la moralidad interna de la conducta que se prescribe, o incluso en razones estrictamente religiosas.

Como también hemos observado, la creencia en la legitimidad sustantiva de las normas jurídicas es un elemento importante para garantizar la estabilidad de un sistema jurídico e incluso político. Por lo tanto, tanto la moral como el Derecho pueden ser factores decisivos para garantizar bienes colectivos como la solidaridad o la paz social y prevenir conflictos. Pero eso no niega las tesis de que la institucionalización de la coacción y la técnica indirecta de motivación son los rasgos principales que distinguen el Derecho por encima de otros órdenes normativos.

Ved también

Ved la aplicación de la amenaza de sanción en el subapartado 3.1.2 de este módulo.

Resumen

Hemos empezado este módulo indicando que el Derecho es un fenómeno social complejo que puede estudiarse desde perspectivas diversas. A continuación, nos hemos adentrado en la relevancia de un tipo de análisis funcional que, en esencia, parte de la concepción del Derecho como instrumento. La conveniencia de explicitar los presupuestos e implicaciones de esta perspectiva de estudio tiene que ver con el hecho de que los teóricos del Derecho más influyentes, tradicionalmente, se han decantado por observar el fenómeno jurídico desde una óptica estructural.

Este punto de vista, que adoptaremos en el módulo siguiente, “Norma jurídica y sistema jurídico”, mira al Derecho desde dentro, priorizando la pregunta sobre la composición de los sistemas jurídicos (¿de qué está hecho el Derecho?) por encima de la cuestión de sus funciones en un sistema social más amplio. Como hemos visto, la relativa marginación del análisis funcional en la teoría del Derecho moderna no ha sido casual, sino que obedece, entre otras razones, al interés por consolidar los estudios jurídicos como disciplina científica y a aislar el fenómeno de estudio de otras disciplinas como la historia o la sociología. Ahora bien, como se ha indicado, ambos modelos de análisis son complementarios y, conjuntamente, nos ofrecen una fotografía mucho más cuidada de la complejidad y multidimensionalidad del fenómeno jurídico.

La mayoría de estudios introductorios al Derecho empiezan indicando que su finalidad es, sobre todo, contribuir a minimizar y gestionar los conflictos con el fin de garantizar la paz social; las normas jurídicas tienen la función básica de guiar la conducta humana y ofrecer a los miembros de una comunidad social un mínimo nivel de seguridad, e incluso, en una opinión bastante común, de justicia. El núcleo central de este módulo se ha dedicado a desarrollar críticamente estas intuiciones primarias que se reproducen en cualquier manual introductorio al Derecho. En concreto, se han analizado las dos dimensiones esenciales (de regulación y de integración) contenidas en la función de control social atribuida al Derecho. También se han descrito las principales técnicas que el legislador tiene a su disposición con el fin de alcanzar esta función esencial. A continuación, se ha examinado la noción de seguridad jurídica y se han sistematizado los elementos básicos que otorgan significado a esta función: claridad y precisión normativa, publicidad y aplicación consistente de las normas por parte de las autoridades relevantes. Finalmente, hemos abordado las dificultades que rodean la consideración de la justicia como función del Derecho, que se ha tratado de reducir matizando las implicaciones de esta idea mediante la introducción de conceptos como el de igualdad formal.

En la última sección de este módulo, hemos planteado la difícil pregunta de qué es lo que distingue al Derecho frente a otros sistemas normativos, como la moral y la religión, que también cumplen funciones sociales similares. Esta cuestión conecta con otros temas fundamentales en la filosofía jurídica, empezando por la necesidad última del Derecho en una sociedad. Siguiendo la línea de respuesta dominante, se han destacado dos elementos, la autoridad y la coacción institucionalizada, que son característicos de la manera en que el Derecho consigue establecer las bases de la organización y la cooperación sociales y cumplir las funciones anteriores.

Actividades

Las respuestas a estas preguntas son abiertas. En la mayoría de los casos el objetivo es que el estudiante reflexione sobre las teorías y conceptos analizados a partir de ejemplos concretos. De esta manera es más sencillo comprobar que verdaderamente se han asimilado los contenidos esenciales del módulo y se es capaz de analizar situaciones y casos reales a partir de este conocimiento. También es importante hacer alguna de las lecturas indicadas, con el fin de captar mejor el fundamento, méritos y límites del análisis funcional.

1. Entre la bibliografía recomendada, seleccionad alguna lectura de teoría crítica del derecho –ya sea textos de algún jurista marxista como De Sousa Santos, o bien sobre el movimiento “critical legal studies”. Pensad en qué medida este tipo de análisis difiere de otras perspectivas, cuáles son sus virtudes y limitaciones, etc. Con el fin de seleccionar el texto, solicitud ayuda a vuestro consultor/a si es necesario.
2. Proponed ejemplos reales que justifiquen la tesis de que el derecho contribuye a garantizar el grado de cooperación y coordinación necesarios para producir bienes públicos o colectivos que se consideran importantes en nuestra sociedad. A partir de estos ejemplos, tratad de explicar la ventaja comparativa del instrumento jurídico respecto de otros sistemas normativos de regulación de la conducta humana.
3. Reflexionad críticamente sobre el papel y la centralidad de la amenaza de la coacción en los sistemas jurídicos. ¿Hasta qué punto os parece que un cierto grado de aceptación voluntaria de las normas es necesario para que el derecho pueda realizar la función de control social? Tratad de ilustrar vuestros argumentos con ejemplos reales concretos.
4. Buscad ejemplos que muestren el uso de diferentes técnicas para garantizar la función de control social en textos normativos vigentes en nuestro país o en otros estados (constitución, leyes, etc.). Explicad la relación existente entre el uso de determinadas técnicas de control social y diferentes modelos de estado.
5. Supongamos que la aprobación de una nueva legislación que aumenta los impuestos por el consumo de determinadas energías desencadena una serie de críticas y manifestaciones que paralizan el país durante semanas, causando enormes costes sociales. ¿Nos encontramos ante un ejemplo de fracaso en la función integradora del derecho? Argumentad en qué medida funcionalistas y conflictualistas discreparían en la respuesta a esta pregunta.
6. Resumid con vuestras palabras en qué sentido es plausible afirmar que la justicia es una función del derecho.

Ejercicios de autoevaluación

Identificad la respuesta correcta:

1. El principio general de irretroactividad de las normas contribuye...
 - a) al control social.
 - b) a generar seguridad jurídica.
 - c) a promover la justicia material.
 - d) a incentivar el cumplimiento del derecho.
2. El derecho puede ejercer su función de control social mediante...
 - a) la sanción.
 - b) la prevención.
 - c) el premio.
 - d) las tres técnicas anteriores.
3. Cuando hablamos de la función de control social del derecho, nos referimos...
 - a) a la intervención del derecho en la economía con el fin de distribuir bienes sociales.
 - b) en el papel del derecho en la promoción de la cultura de la paz.
 - c) a la regulación de comportamientos y a su papel integrador.
 - d) Ninguna de las anteriores respuestas es correcta.
4. Uno de los principales criterios para distinguir el derecho de la moral es...

- a) que el derecho tiene órganos institucionalizados de creación y aplicación coactiva de normas.
- b) que el derecho utiliza una técnica preventiva mientras que la técnica promocional es más propia de la moral.
- c) que las normas jurídicas no contienen conceptos morales.
- d) que un sistema moral está compuesto de principios, mientras que el derecho está compuesto esencialmente de normas.

5. Se llama *free rider* a la persona que...

- a) no obtiene beneficios personales de la cooperación con otros individuos.
- b) obtiene beneficios personales fruto de la cooperación con los otros.
- c) obtiene beneficios personales producto de bienes sociales sin cooperar en su producción.
- d) rechaza beneficiarse de su contribución a la producción de bienes sociales con el fin de priorizar su distribución entre los menos favorecidos.

6. La publicidad de las leyes contribuye a...

- a) la seguridad jurídica.
- b) la justicia y razonabilidad de su contenido.
- c) promover el estado social.
- d) asegurar el cumplimiento por parte de los destinatarios de las normas.

7. El principio de seguridad jurídica requiere, entre otras cosas...

- a) que las normas penales más favorables no tengan efectos retroactivos.
- b) que los ciudadanos en un estado democrático dispongan de medidas que garanticen su integridad y seguridad física.
- c) que el derecho contenga normas claras que se apliquen regularmente por parte de los órganos correspondientes, de manera tal que se garantice un grado elevado de certeza y previsibilidad.
- d) que se prohíba categóricamente la desobediencia al derecho.

8. La seguridad jurídica...

- a) contribuye a promover la justicia formal.
- b) es importante para el ejercicio de la autonomía individual.
- c) requiere el cumplimiento y aplicación de las normas por parte de los poderes públicos.
- d) Todas las respuestas anteriores son correctas.

9. La igualdad formal o igualdad de trato...

- a) es una de las formas en que se expresa la noción de justicia formal.
- b) expresa el conjunto de criterios o estándares morales que mantiene la mayoría de la sociedad.
- c) Todas las respuestas anteriores son correctas.
- d) está relacionada con el concepto de moral crítica.

10. Se dice que el derecho tiene una función civilizadora porque...

- a) contribuye a evitar los conflictos armados.
- b) porque limita, someten a reglas, el ejercicio del poder político.
- c) porque los estados de derecho necesariamente promueven la justicia.
- d) porque sin normas jurídicas no es posible una sociedad.

11. Según Weber, la legitimidad legal es una característica esencial del estado moderno porque...

- a) sólo podemos predicar justicia de los ordenamientos jurídicos típicos de los estados modernos.
- b) garantiza la estabilidad a lo largo del tiempo de estos estados.
- c) contribuye a la creencia en la legitimación del ejercicio de la dominación y coacción estatales.
- d) Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

12. La justicia formal...

- a) es condición necesaria pero no suficiente para garantizar la seguridad jurídica.
- b) es una condición de validez de cualquier ley.

- c) implica la prohibición de imponer penas humillantes.
- d) se asocia a la función terapéutica del derecho.

13. Podemos distinguir conceptualmente entre derecho y moral a partir de...

- a) el contenido de las reglas típicas de cada uno de estos sistemas normativos.
- b) el grado de obediencia de las normas por parte de sus destinatarios.
- c) el grado de formalización y precisión de las reglas que contienen.
- d) a partir de la técnica de motivación de la conducta que se utiliza y de la institucionalización de los sistemas de aplicación de las normas.

14. El requisito de la publicidad de las normas garantiza...

- a) que sean conocidas por sus destinatarios.
- b) que sean aplicadas por las autoridades correspondientes.
- c) que no se produzcan actos arbitrarios de aplicación del derecho por parte de los jueces.
- d) Ninguna de las respuestas anteriores es correcta.

15. La eficacia del derecho para garantizar la integración social depende, sobre todo...

- a) del uso de la técnica represora con el fin de promover el cumplimiento de las normas.
- b) del hecho de que la sociedad sea relativamente pequeña y culturalmente homogénea.
- c) de diversos factores, incluyendo la relativa facilidad para cumplir la legislación y la aceptación voluntaria de la misma por parte de sus destinatarios.
- d) del hecho de que las normas faciliten la integración jurídica de los inmigrantes extranjeros.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. d

3. c

4. a

5. c

6. a

7. c

8. d

9. a

10. b

11. c

12. a

13. a

14. d

15. d

Glosario

análisis funcional del derecho *m* Análisis que tiene por objeto el análisis de este fenómeno social desde el punto de vista de sus funciones. Prioriza una visión del derecho como instrumento para alcanzar diversas finalidades en otras esferas sociales y, en contraste con la perspectiva estructural (objeto del módulo siguiente), permite plantear y poner de relieve cuestiones de carácter eminentemente sociológico.

coacción *f* Una de las técnicas principales para asegurar que el derecho cumple su función básica de control social. Consiste, en esencia, en la amenaza de sanciones jurídicas negativas. Una característica central del derecho en los estados modernos es la institucionalización y centralización de esta técnica.

common law *f* El corpus jurídico basado en decisiones judiciales, costumbres y precedentes que se ha convertido en la base del sistema jurídico en Gran Bretaña. Su origen se encuentra en leyes no escritas de herencia medieval administradas por jueces y tribunales. La *common law* fue recibida por las colonias americanas y adoptada como base del sistema jurídico de Estados Unidos después de la revolución. En su uso moderno, el término hace referencia a las leyes no escritas que generalmente se desprenden de los precedentes provenientes de casos judiciales –en contraste con las leyes provenientes de normas escritas (*statutory law*) adoptadas por una autoridad legítima. Por otra parte, a menudo se contraponen el término *common law* a *civil law*, que se refiere básicamente a los sistemas jurídicos de la Europa continental que han estado profundamente influenciados por el derecho romano.

conflictualismo *m* Teoría opuesta al funcionalismo. Considera el conflicto como elemento esencial en la construcción conceptual de la noción de sociedad, más que como disfunción. El conflictualismo suele basarse en un concepto subjetivo de función y enfatiza los antagonismos sociales y las tensiones entre grupos derivados de la desigualdad de poder. Los autores marxistas son representantes destacados de éste.

control social *m* Una de las funciones principales que se atribuyen al derecho. En general, se relaciona con la paz social y se concreta en dos dimensiones básicas: regulación e integración.

Critical Legal Studies *m* Movimiento en el pensamiento jurídico que surge a finales de los años setenta y aplica al derecho métodos similares a los de la teoría crítica. Las abreviaciones CLS y “Crit” a menudo se refieren al movimiento y a sus seguidores. Sus orígenes intelectuales pueden situarse en el realismo jurídico norteamericano, aunque la mayoría de sus exponentes más destacados estuvieron profundamente influenciados por las experiencias de los movimientos por la paz y en favor de los derechos civiles de finales de los años sesenta en Estados Unidos. El movimiento se inició con una posición crítica respecto de la ideología jurídica dominante en la política doméstica norteamericana, pero pronto se expandió al resto de los estados occidentales. Sobre la base de la Escuela de Frankfurt y el post-estructuralismo francés, los “crits” han tratado de desmitificar numerosos mitos e ideologías centrales en la práctica del derecho en los países occidentales. En la actualidad, el movimiento continúa ejerciendo una influencia importante en Estados Unidos, mientras que en Europa su impacto fue mucho más limitado.

derecho positivo *m* Derecho que emana de la autoridad legalmente constituida, que legítimamente promulga, sanciona y aplica las normas jurídicas. Contrariamente al derecho natural, se caracteriza por su mutabilidad histórica y diversidad.

dogmática jurídica *f* Disciplina jurídica que pretende aclarar el significado del derecho positivo. El propósito, sin embargo, no es puramente descriptivo: el dogmático parte de los hechos normativos y elabora tipo o dogmas jurídicos a partir de complejos métodos lógicos que involucran un elevado grado de abstracción, otorgando al análisis el carácter sistemático, deductivo e hipotético propio de la ciencia. Este particular método y objetivos permiten distinguir esta disciplina de otras disciplinas jurídicas como la sociología, la filosofía o la historia del derecho. Históricamente, el surgimiento de la dogmática jurídica fue clave para otorgar prestigio a los estudios jurídicos, situándolos dentro de los paradigmas científicos dominantes. Ahora bien, la cuestión de si es posible conocer el derecho (en sentido científico) ha sido siempre objeto de controversia.

Estado de derecho *m* Forma concreta de Estado que encuentra su origen histórico en el advenimiento del liberalismo y la disolución del absolutismo. El aparato de gobierno y las principales instituciones se constituyen y actúan sometidos a reglas jurídicas.

función distributiva del derecho *f* Concepción que identifica el derecho como un instrumento esencial para asignar a los miembros de grupos sociales bienes y recursos económicos y no económicos: riqueza, derechos, oportunidades sociales, etc. Aunque, en sentido

mínimo, cualquier sistema jurídico realiza esta función, suele vincularse especialmente a las funciones del derecho en los estados sociales.

función legitimadora del derecho *f* En el contexto de las relaciones entre derecho y poder, función que remite a la idea weberiana de “dominación legítima”, en el sentido de que el derecho contribuye a evitar que el ejercicio del poder estatal, con las restricciones a la libertad individual que suele implicar, se asocien en un puro ejercicio de dominación.

funcionalismo *m* Teoría social que conceptualiza a la sociedad como un sistema formado por un conjunto de elementos en equilibrio que se coordinan e integran entre sí con el objetivo de preservar su unidad orgánica. Basada en un concepto objetivista (orgánico) de función; tiene su origen en autores como Weber y Durkheim. Enfatiza el papel del derecho en el mantenimiento del equilibrio y la paz sociales.

iusnaturalismo *m* Teoría que considera que existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. Para los autores iusnaturalistas, el fundamento de la validez de las normas jurídicas se encuentra necesariamente en lo que llaman “derecho natural” –por ejemplo, un conjunto de leyes y principios morales unitarios de carácter inmutable y universal. Por lo tanto, siendo estrictos, sólo se consideran “jurídicas” aquellas normas del derecho positivo que se adecuan o respetan los contenidos del derecho natural. Sobre el iusnaturalismo y su contraste con el positivismo, podéis ver el módulo “Derecho y moral”.

justicia formal *f* Ideal abstracto que opera como una restricción fundamental al discurso jurídico, confiriéndole un mínimo de racionalidad y coherencia. Incorpora una serie de reglas como la igualdad de trato, el principio de universalidad e incluso la seguridad jurídica.

justicia material *f* En contraste con la noción de justicia formal, esta noción involucra consideraciones sustantivas relacionadas con la legitimidad moral de las normas jurídicas.

seguridad jurídica *f* Función del derecho asociada a las nociones de certeza y previsibilidad. Exige, principalmente, la redacción de normas claras y precisas, la publicidad de las normas y su cumplimiento y aplicación por parte del Estado. Sin seguridad jurídica el derecho difícilmente podrá garantizar el control social; también se considera una condición necesaria para la realización de la función de justicia.

sociología del derecho *f* Se refiere tanto a una subdisciplina dentro de la sociología como a un enfoque concreto dentro de los estudios jurídicos. La sociología del derecho es un campo de estudio diverso que examina la interacción entre el derecho con otros aspectos o esferas sociales. Típicamente, se analiza el efecto de las instituciones, normas, prácticas y doctrinas jurídicas en otros fenómenos sociales y viceversa. Entre sus áreas de investigación principales se encuentran la construcción social de los problemas jurídicos y la relación entre el derecho y el cambio social. A pesar de la diversidad de corrientes y teorías que pueden englobarse dentro de esta disciplina, la sociología del derecho parte de una visión de los sistemas jurídicos como construcciones sociales y no como órdenes autónomas.

técnica promocional *f* Técnica que implica la utilización de las normas jurídicas como incentivos de carácter positivo a fin de que el derecho pueda realizar efectivamente la función de control social, utilizada como alternativa a la coacción.

Bibliografía

- Alexy, R.** (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M.** (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Banakar, R.; Travers, M. (eds.)** (2002). *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford: Hart Publishing.
- Bobbio, N.** (1990). *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate.
- Carrió, G. R.** (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Courtis, C. (ed.)** (2002). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Díaz, E.** (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus.
- Friedman, L. M.** (1986). "The Law and Society Movement". *Stanford Law Review* (vol. 38, núm. 3).
- Fuller, L.** (1969). *The Morality of Law* (2.^a ed.). New Haven: Yale University Press.
- Garzón Valdés, E.** (1987). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gordon, R.** (1981). "Historicism in Legal Scholarships". *Yale Law Journal* (núm. 90).
- Gordon, R.** (1984). "Critical Legal Histories". *Stanford Law Review* (núm. 36).
- Habermas, J.** (1998). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass: MIT Press.
- Hart, H. L. A.** (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H.** (1960). *Reine Rechtslehre* (2.^a ed.). Viena: Frans Deuticke. (Trad. cast. de R. J. Verengo (1960). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.)
- Latorre, A.** (2002). *Introducción al derecho*. Barcelona: Ariel.
- Lucas, J. de (coord.)** (1995). *Introducció a la teoria del dret*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MacCormick, N.** (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon.
- Moreso, J. J.; Vilajosana, J. M.** (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. S.** (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Sousa Santos, B. de** (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Londres: Routledge.
- Unger, R. M.** (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

