

TEXTOS UNIVERSITARIOS
DERECHO

El Derecho como proceso normativo

Lecciones de Teoría
del Derecho

3.ª edición

Virgilio Zapatero
M.ª Isabel Garrido Gómez

UAH

El Derecho como proceso normativo

Lecciones de Teoría
del Derecho

3.^a edición

TEXTOS UNIVERSITARIOS
DERECHO

UAH

1.ª edición: 2007
2.ª edición: 2010
3.ª edición: 2023

El contenido de este libro no podrá ser reproducido,
ni total ni parcialmente, sin el previo permiso escrito del editor.
Todos los derechos reservados.

© De los textos: sus autores.
© De las imágenes: sus autores.
© Editorial Universidad de Alcalá, 2022
Plaza de San Diego, s/n
28801 Alcalá de Henares
www.uah.es

I.S.B.N.: 978-84-18979-39-2
Depósito legal: M-30682-2022

Composición: Solana e Hijos, A. G., S.A.U.
Impresión y encuadernación: Solana e Hijos, A.G., S.A.U.
Impreso en España

El Derecho como proceso normativo

Lecciones de Teoría
del Derecho

3.^a edición

Virgilio Zapatero
M.^a Isabel Garrido Gómez



Universidad
de Alcalá

EDITORIAL
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

ÍNDICE

NOTA A LA TERCERA EDICIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. LA ESFERA DE LAS NORMAS.....	21
1. EL DERECHO.....	21
1.1. Una primera aproximación.....	21
1.2. Distintas miradas sobre el Derecho.....	24
1.3. Las funciones del Derecho	27
a) Derecho e integración social.....	28
b) Derecho y conflicto	30
c) Derecho y cambio	32
2. DERECHO, MORAL Y OTRAS NORMAS.....	34
2.1. Las relaciones entre el Derecho y la Moral.....	34
2.2. Criterios para diferenciar el Derecho y la Moral.....	35
2.3. La legalización de la Moral.....	37
2.4. La moralización del Derecho	41
2.5. Otras normas	43
a) Las reglas del trato social y los usos sociales	43
b) Un Derecho de baja intensidad	45
CAPÍTULO II. LAS GRANDES CONCEPCIONES DEL DERECHO	49
1. EL IUSNATURALISMO.....	49
2. EL POSITIVISMO	55
2.1. Tres modos de considerar el positivismo	57
2.2. El debate Hart-Fuller.....	61

3.	EL CONSTITUCIONALISMO Y EL POSTPOSITIVISMO.....	63
4.	EL REALISMO.....	66
4.1.	El realismo jurídico norteamericano	66
	a) La senda del Derecho.....	68
	b) El escepticismo ante los hechos.....	70
	c) El realismo doctrinal constructivo	71
4.2.	El realismo jurídico escandinavo	73
CAPÍTULO III. LAS NORMAS Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....		77
1.	ÓRDENES, REGLAS Y PRINCIPIOS	77
1.1.	El Derecho como conjunto de órdenes.....	77
1.2.	La crítica de la concepción del Derecho como órdenes.....	83
1.3.	El Derecho como conjunto de reglas	86
1.4.	El Derecho como conjunto de reglas y principios	89
2.	LAS NORMAS COMO LENGUAJE PRESCRIPTIVO.....	93
3.	LOS ELEMENTOS DE LAS NORMAS	95
4.	CARACTERÍSTICAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	99
4.1.	Existencia y unidad	99
4.2.	Plenitud	105
4.3.	Coherencia.....	110
CAPÍTULO IV. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO FUENTES DEL DERECHO		115
1.	PLURALIDAD NORMATIVA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	115
2.	LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	119
2.1.	La Constitución y el bloque de constitucionalidad	119
2.2.	Los tratados internacionales.....	122
2.3.	La ley y el reglamento.....	125
2.4.	La costumbre.....	129
2.5.	Los principios generales del Derecho	132
CAPÍTULO V. LA PRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS POR LOS PODERES PÚBLICOS		137
1.	LA DECISIÓN NORMATIVA	137
2.	LA REDACCIÓN DE LAS NORMAS	141
2.1	Determinación de los objetivos.....	143
2.2.	Análisis de la propuesta, borrador inicial y estructura final del texto	145
2.3.	Redacción del texto normativo.....	147

a)	El lenguaje legal y sus limitaciones	148
b)	Precisión <i>versus</i> claridad.....	151
c)	La delegación y los condicionantes políticos.....	153
2.4.	Practicabilidad de las normas	154
2.5.	Revisión crítica.....	157
CAPÍTULO VI.	LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	159
1.	LA INTERPRETACIÓN.....	159
1.1	Diferentes intérpretes y diferentes roles.....	162
1.2.	Técnica legislativa e interpretación.....	163
1.3.	Diagnóstico de los problemas	166
1.4.	Remedios para resolver las dadas	168
1.5.	Estudio de algunos criterios interpretativos	170
a)	La interpretación literal.....	170
b)	La intención del legislador.....	172
c)	El recurso al espíritu y finalidad de la norma	174
2.	LA APLICACIÓN JUDICIAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO	175
3.	LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	181
CAPÍTULO VII.	LOS VALORES SUPERIORES DEL DERECHO COMO PROCESO NORMATIVO	187
1.	ESTADO Y VALORES SUPERIORES.....	187
2.	LOS VALORES SUPERIORES SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	191
2.1.	La libertad	191
2.2.	La igualdad.....	197
2.2.1.	Justicia e igualdad.....	197
2.2.2.	La igualdad ante la ley	199
2.2.3.	La igualdad en la ley	200
2.2.4.	Igualdad y redistribución de bienes	202
2.3.	El pluralismo político.....	205
2.4.	La seguridad.....	212
2.4.1.	La seguridad en el Derecho	213
2.4.2.	La seguridad del Derecho y sus elementos.....	216
2.4.3.	La seguridad como justicia formal.....	219
2.4.4.	La seguridad como garantía de la justicia material..	221
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.....		223

NOTA A LA TERCERA EDICIÓN

Este volumen constituye la tercera edición del libro *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*. La primera edición se publicó en el año 2007 y la segunda en el 2010. Como novedades introducidas, el presente ejemplar ha vuelto a la versión inicial en la que no se encontraba incluido el capítulo sobre «La justificación y crítica del Derecho como proceso normativo: las teorías de la justicia». Además, se ha actualizado su bibliografía y se ha integrado una sección final de referencias que hasta ahora no existía y de seguro será muy útil.

Por su parte, es importante incidir en que el trabajo sigue manteniendo la idea de que el Derecho se constituye conforme a un proceso normativo conformado por una diversidad de planos, cuyo núcleo central es que la racionalidad que los sustenta se funda en los valores superiores del ordenamiento jurídico. A tal efecto, aparece como una noción dinámica y abierta de la que existen distintas concepciones en función de cómo se conciban sus relaciones con la libertad, la igualdad, el pluralismo político y la seguridad.

En este sentido, los operadores jurídicos actúan de manera complementaria como elementos indispensables de la Administración de justicia, al igual que ocurre con la producción normativa, la interpretación, la argumentación y la aplicación del Derecho. Todas estas actividades diferentes entre sí son indispensables, sin ellas aquel sería algo vacío e inconsistente. Pero cada una posee su propia idiosincrasia y problemática, debiendo actuar cumpliendo con unos estándares para llegar a un resultado satisfactorio conforme a las funciones propias del Derecho.

Desde la perspectiva indicada, pretendemos conseguir también en esta tercera edición el éxito cosechado en las anteriores y, sobre todo, hacer que este ejemplar sirva al estudiantado para comprender mejor lo que el Derecho es.

LOS AUTORES

INTRODUCCIÓN

Este trabajo estudia la relevancia que tienen las normas jurídicas a la hora de determinar el concepto de Derecho, siendo su interrelación tal que no se entienden por separado. La presente investigación se divide en siete capítulos: El primero analiza el Derecho en general y los distintos órdenes normativos; el segundo se introduce en las posiciones sobre el Derecho que mantienen las concepciones más destacadas; el tercero considera las normas jurídicas y sus elementos, distinguiendo las órdenes de las reglas y de los principios, junto a las características del ordenamiento; el cuarto reflexiona sobre aquellas normas jurídicas en cuanto constituyen fuentes del Derecho, y el quinto se ocupa del *íter* de la producción normativa. Desde estos puntos de vista, se aprecia que el Derecho está indisolublemente unido al poder en el sentido de que es posible que cree Derecho, al tiempo que el Derecho también puede crear ciertos poderes. Las definiciones del poder suelen referirse a la capacidad de un sujeto para que otro se comporte de una manera concreta¹. Los medios que se pueden poner en funcionamiento para conseguir que otros se comporten de la manera deseada por quien lo detenta son muy variados, siendo citables el uso de la fuerza, los recursos económicos, los recursos psicológicos o la apelación a símbolos. Tratándose del poder político, entre sus herramientas no encontramos únicamente la fuerza, sino una variedad instrumental que se puede encuadrar en los conceptos de *información*, *organización* y *recursos económicos*². Pero, aun cuando el Estado es posible que utilice estos instrumentos, una de las modalidades del poder político es el recurso a la autoridad, o sea, al Derecho.

¹ R. DAHLL, «The Concept of Power», *Behavioral Science*, 2, 1957, pp. 202 y 203; M. GARCÍA PELAYO, *Obras Completas*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 1859; J. SCOTT, *Power: (Critical Concepts)*, Polity Press-Blackwell Publishers, Cambridge (Reino Unido)-Oxford, 2004, p. 33; M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, edic. preparada por J. Winckelmann, nota preliminar de J. Medina Echavarría, trad. de J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2002, pp. 695 y ss.

² C. C. HOOD, *The Tools of Government*, The Chatham House Publishers, Chatham (Nueva Jersey), 1986, pp. 21-40.

Como se podrá apreciar, dos son los poderes que encontramos en un sistema político: el supremo, o soberano, y los subordinados. Ambas variables se expresan usando el Derecho, crean Derecho. Mas, sincrónicamente, ambas presuponen una norma jurídica que les constituya como tales. Es la existencia de una norma previa constitutiva del poder lo que diferencia al poder jurídico. A tales efectos, Kelsen³ distinguió el poder subjetivo y el objetivo; y Hart, en oposición a Austin, intentó diferenciar el poder fáctico (del ladrón) del jurídico (el que posee el policía). Como dijera Hart⁴, ante el nudo poder uno puede *verse obligado* a entregar sus pertenencias, sin embargo, solo *estará obligado* si existe una norma que habilita a quien, por ejemplo, nos reclama una cantidad de dinero. Lo que permite calificar a un sujeto individual o colectivo como una autoridad jurídica es una norma de competencia que le autoriza a crear normas jurídicas.

Cuestión más compleja es la de la relación entre el poder supremo (soberanía) y el Derecho. Dos son las cuestiones al respecto, la primera se refiere al proceso por el que surge ese poder soberano; la segunda es la vieja problemática de si el soberano está o no sometido al Derecho. De acuerdo con Bentham, soberano es, con las matizaciones que haremos en su momento, aquel poder que es obedecido generalmente por los miembros de un grupo social y no acata a ningún superior⁵.

Algunas de las más recurrentes y sólidas justificaciones de este poder han venido ofrecidas históricamente por las teorías contractualistas de Hobbes⁶, Locke⁷ o Rousseau⁸. En ellas, se utiliza la idea del contrato previo como instrumento imaginado para explicar la institucionalización de un poder soberano. Contemporáneamente, el objetivo que persiguen se obtiene con argumentaciones más sofisticadas, pero no muy diferentes en su fondo, como es la teoría de los juegos. La necesidad de coordinación de esfuerzos individuales para alcanzar resultados racionales (ta-

³ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, México, D. F., 2009, pp. 49-50 y 158 y ss.

⁴ H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 64 y ss. Sobre esta cuestión, cfr. J. FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, prólogo de R. Guastini, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 71 y ss.; R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Autoridad-competencia», en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El Derecho y la justicia*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Trotta, Madrid, 2000, pp. 117 y ss.

⁵ J. BENTHAM, *Un fragmento sobre el gobierno*, estudio preliminar, notas y trad. de E. Bocado Crespo, Tecnos, Madrid, 2010.

⁶ T. HOBBS, *Del ciudadano*, introducción de N. Bobbio, nota preliminar y trad. de A. Catrysse, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966 (de la citada obra existe también la versión antológica de E. Tierno Galván, trad. de E. Tierno Galván y M. Sánchez Surto, Tecnos, Madrid, 2013).

⁷ J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, prólogo, notas y trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 2014.

⁸ J. J. ROUSSEAU, *El contrato social o Principios de Derecho político*, estudio preliminar y trad. de M.J. Villaverde, Tecnos, Madrid, 2007.

les son los problemas que ejemplifica el denominado *dilema del prisionero*)⁹, es decir, la necesidad de resolver los dilemas de la acción colectiva, es una de las justificaciones del poder político¹⁰ Para salir del estado natural, como decían los viejos contractualistas, o para resolver los problemas de coordinación, como se argumenta actualmente, es precisa la constitución de un *Tertium inter partes*, una agencia que resuelva las disyuntivas. Ese *Tertium* es el Poder, el Soberano.

En este marco, una teoría que incide en las coordenadas descritas es la de Peces-Barba¹¹, quien al suscribir que son realidades distintas y complementarias, debido a que el Derecho es un conjunto de normas cuyo último fundamento de validez es el poder soberano, esto es, son normas garantizadas por la fuerza de ese poder y, a la vez, el poder que pretende monopolizar el uso legítimo de la fuerza se vale del Derecho para racionalizar y organizar el uso de la fuerza; se pronuncia a favor de que, por esta causa, el poder es el hecho fundante básico del Derecho, completado con la idea de norma fundante básica de identificación de normas, la cual nos permite identificar las normas jurídicas válidas con los criterios formales y materiales que están en esa norma fundante. Aquel representa al poder, y esta al Derecho.

De otro lado, Laporta¹² ofrece un buen resumen cuando, asumiendo la posición de Hart, explica la emergencia del poder y, con ella, del poder normativo. Dada una colectividad humana, la aparición reiterada de problemas de coordinación y conflicto tiende a producir la emergencia de ciertas prácticas sociales, prácticas en las que las acciones individuales están predefinidas por una estructura de reglas de comportamiento que coordinan las conductas individuales. En la medida en que se diversifican y hacen más frecuentes estos problemas y la necesidad de esas respuestas, las reglas de conducta que habrían de aportar una solución eficaz se hacen más cambiantes e inciertas y se requiere establecer una agencia fiable, rápida y cierta que las produzca y determine. Su constitución es, en el ámbito de lo que afecta a ese problema, la definición del poder social. Aquel hecho simple explicativo del poder fáctico en las sociedades humanas «es un conjunto de prácticas sociales complejas que incorporan reglas de conducta y criterios de identificación de una agencia a la que se confiere la función de emitir esas reglas, modificarlas cuando es el caso y determinar su alcance». En lugar de suponer

⁹ E. ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 18 y ss.

¹⁰ M. OLSON, *Auge y decadencia de las Naciones*, prefacio de S. Giner y trad. de J. A. Iglesias, Ariel, Barcelona, 1986, así como ÍD., *La lógica de la acción colectiva. Bienes públicos y la teoría de grupos*, trad. de R. Calvet Pérez, Limusa, México, D. F., 1992.

¹¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 294 y ss.; ÍD., con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, ver *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 344.

¹² F. J. LAPORTA, «Poder y Derecho», en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El Derecho y la justicia*, cit., pp. 446 y 447.

una norma hipotética fundamental, como hiciera Kelsen, que dé razón del primer y más fundamental poder, la filosofía analítica, a partir de Hart, buscará el elemento fundante básico del Derecho en una práctica social compleja, la regla de reconocimiento, de la cual surge el título que hace del poder fáctico un poder jurídico, esto es, normativo.

Es obvio, pues, que el poder normativo, con un origen que podría ser descrito como hemos visto, crea Derecho; no obstante, las preguntas que proceden son: ¿el poder soberano puede crear cualquier tipo de norma?, ¿tiene algún límite en su capacidad normativa?, ¿puede ser totalmente arbitrario? Se habla de una *lógica* del poder que es la de su autoconservación, una lógica que impone condicionantes a la capacidad normativa, conduciendo a una mínima racionalización del propio poder y, consiguientemente, del Derecho. Todo poder que crea Derecho y actúa según Derecho ha entrado ya en un ámbito de racionalidad. Más aún, todo poder, al crear Derecho, se limita a sí mismo y, aunque su contenido pueda ser tan monstruoso como las leyes de Nuremberg, implica una mínima previsibilidad¹³.

Conectado con el poder normativo está el coactivo. Según la teoría tradicional, la fuerza es el medio para realizar el Derecho, es decir, es el instrumento del que se sirve el poder para obligar a los ciudadanos a seguir las pautas de comportamiento que ha marcado. Frente a esta tesis, visible en Hobbes, Bentham o Austin, se ha afirmado que la fuerza no es una herramienta para realizar el Derecho, sino, más bien, el contenido del Derecho y de las normas jurídicas¹⁴. En esta dirección caminan las opiniones de Kelsen, Ross, Olivecrona o Bobbio y, así, para Kelsen¹⁵, «si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia no es otra cosa que la relación entre el Derecho y la fuerza... Consideramos el Derecho como un modo de organizar la fuerza». Similares juicios mantiene Ross¹⁶ al sostener que «tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de esta y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza». En esa línea, opina Olivecrona¹⁷ que «es imposible mantener que el Derecho en un sentido realista esté organizado o protegido por la fuerza. La situación real es que el Derecho –el cuerpo de normas considerado Derecho– consiste principalmente en normas sobre la fuerza, normas que contienen modelos de conducta para el ejercicio de la fuerza».

La definición del Derecho, en términos de normas que regulan el uso de la fuerza, es el resultado de la sobrevaloración atribuida a las secundarias respecto de las

¹³ N. M. LÓPEZ CALERA, *Filosofía del Derecho*, II, Comares, Granada, 1998, pp. 69 y ss.

¹⁴ El presente epígrafe sigue el planteamiento realizado por N. BOBBIO, «Derecho y fuerza», en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 335 y ss.

¹⁵ Ver, en general, H. KELSEN, *Teoría para del Derecho*, cit., pp. 44 y ss.

¹⁶ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Corrió, EUDEBA, Buenos Aires, 2005, p. 80.

¹⁷ K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 115 y ss.

primarias. Ihering fue el primer teórico que afirmó que no son los ciudadanos los destinatarios de las normas, sino los órganos del Estado encargados de aplicar las sanciones. El Derecho –decía Ihering¹⁸– impone directamente deberes a los jueces, y solo indirectamente a los ciudadanos. El principal argumento para poner el acento sobre las normas secundarias es que un ordenamiento compuesto solo de normas primarias no se distingue de uno que sea moral; y un ordenamiento compuesto solo de normas secundarias no solo es jurídico, sino que hace inútil la formulación de normas primarias. Considerado el ordenamiento jurídico como conjunto de normas dirigidas a los jueces, la coacción no podía ser ya estimada como un medio para realizar el Derecho, sino como el contenido de las normas jurídicas. El Derecho regula únicamente los comportamientos coactivos, es decir, aquellos comportamientos dirigidos a obtener ciertos resultados por medio de la fuerza.

La tesis de Bobbio¹⁹ es que el poder coactivo es una acepción genérica con la cual designamos cuatro formas de utilizar la fuerza: el poder de obligar (con la fuerza) a aquellos que no hacen lo que deberían hacer; el poder de impedir (con la fuerza) a aquellos que hacen lo que no deberían hacer; el poder de sustituir (con la fuerza) a aquellos que no han hecho lo que debían haber hecho, y el poder de castigar (con la fuerza) a aquellos que han hecho lo que no debían hacer. Pues bien, el Derecho, en cuanto conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, tiene respecto del poder coactivo cuatro tareas: *a)* determinar las condiciones bajo las cuales el poder coactivo puede y debe ser ejecutado; *b)* determinar las personas que pueden y deben ejecutarlo (normas atributivas de competencia); *c)* determinar el procedimiento con el que debe ser ejercitado dicho poder coactivo (normas procesales), y *d)* determinar el *quantum* de fuerza que puede y debe ejercer la persona encargada de efectuarlo. Decir, por consiguiente, que el Derecho regula el uso de la fuerza significa que «es el conjunto de normas que regulan el cuándo, quién, cómo y cuánto del ejercicio del poder coactivo».

Esta tesis ha sido criticada con diferentes argumentos. Pérez Luño²⁰ enumera la observancia espontánea de las normas, haciendo hincapié en que muchas son obedecidas sin que entre en funcionamiento la fuerza organizada, existiendo en todo ordenamiento normas sin sanción. El proceso al infinito, puesto que si una norma es jurídica porque está sancionada, también la que regula la sanción debe estar sancionada para ser norma, y así infinitamente. Y el choque de aquella teoría con disciplinas jurídicas enteras, como el Derecho internacional, que se basan en el acuerdo y/o en la conciencia colectiva de su obligatoriedad, e infravalora la trascendencia decisiva

¹⁸ R. IHERING, *La lucha por el Derecho*, prólogo de L. Alas (Clarín), trad. de A. Posada, Civitas, Madrid, 2016, pp. 77 y ss.

¹⁹ N. BOBBIO, «Derecho y fuerza», cit., p. 324.

²⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, con la colaboración de C. Alarcón Cabrera, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 162 y 163.

para todo ordenamiento de la adhesión o el cumplimiento espontáneo del Derecho. En definitiva, la teoría de la coacción incurre en graves quiebras lógicas (el regreso al infinito), fácticas (existencia de normas jurídicas no coactivas) y axiológicas (sostiene el cumplimiento espontáneo del Derecho).

Apoyándose en estos contraargumentos, se ha propuesto eliminar la coacción, la fuerza, como nota del Derecho, y dar una definición en la que no haya que recurrir a ese elemento, pero la mayor dificultad consiste en encontrar un criterio que sirva para distinguir las normas jurídicas de las morales y las sociales. Un intento de dar una definición no coactivista del Derecho ha sido el de las teorías psicológicas, según las cuales una norma jurídica se distingue de una consuetudinaria porque la primera es obedecida con *animus se obligandi*. Mas, cuando se inquiere por qué ciertas reglas son consideradas obligatorias, se descubre que el sentimiento de obligatoriedad deriva de la convicción de que, si la norma no es obedecida, puede acarrear alguna consecuencia desagradable al infractor, aparte de esto, también las normas morales son obedecidas *animus se obligandi*. El segundo intento proviene de las teorías teleológicas que singularizan al Derecho en función de la idea que persigue fines como la justicia, el bien común, la paz, etc., no obstante, evidenciarse que las normas morales y sociales pueden tener tales fines.

El único modo seguro de distinguir las normas jurídicas de las consuetudinarias, prescindiendo de la coacción, sería acudir al criterio de un posible contenido diferente. Se afirma entonces que las normas jurídicas, las morales y las sociales tienen un contenido diverso. El contenido de la gramática es el hablar; el de la lógica, el pensar; el de la retórica, el persuadir; el de la moda, el vestir..., sin embargo, ¿cuál es el contenido del Derecho? La respuesta en la que coinciden Kelsen, Ross, Olivecrona y Bobbio es la fuerza, la coacción. Las normas jurídicas son aquellas que regulan el uso de la fuerza, hallando una posición mucho más matizada y cercana al funcionamiento real de los sistemas jurídicos al examinar la obra de Hart²¹.

La conclusión a la que llegamos es que el poder y el Derecho aparecen íntimamente unidos en un doble sentido: el poder no solo genera Derecho (*rex facit legem*, decían los clásicos), sino que el Derecho crea ciertos poderes (*lex facit regem*). Aquel es el fruto de la actividad del Estado, mas el Estado es un producto del Derecho y, quizás, sea esta doble e inevitable relación lo que haya llevado a algunos a creer que es factible un concepto de Estado de Derecho sin sustancia alguna y a juzgar por error que todo Estado es un Estado de Derecho²². Sin embargo, lo expuesto hasta aquí solo nos da cuenta del origen del Derecho, debiéndose estimar, según demues-

²¹ H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 26 y ss.

²² E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 44 y ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 95.

tra el capítulo sexto del libro, que se exige una interpretación y una aplicación para conocer lo que realmente es. La tarea interpretativa evita la contradicción de las normas, contesta las cuestiones que pueden suscitarse en relación con su concurrencia, mide el alcance de cada regulación y delimita las esferas regulativas en los casos precisos²³; resaltando que se refiere también a los hechos y no solo tiene por objeto las normas que se han de aplicar²⁴.

Como veremos, dos casos característicos de las reglas de formación del discurso jurídico son la norma fundamental kelseniana y la regla de reconocimiento de Hart. Las dos definen qué expresiones lo integran válidamente, pero lo hacen por el camino de la designación de quiénes pueden decirlas. Los orígenes del poder en la sociedad, los lugares donde los conflictos sociales se crean, las formas en que se establecen las sumisiones no aparecen a simple vista. Con palabras de Bulygin²⁵, el fundamento de una decisión es una norma general de la que aquella es un caso de aplicación, habiendo una relación lógica de naturaleza no causal entre el fundamento (norma general) y la decisión. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente entre una norma general, junto con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas. En síntesis, se debe caminar hacia una concepción unitaria del Derecho, en la que intervienen distintos poderes y actividades, ya que la legislación y la jurisdicción, la producción y la aplicación normativas son momentos de un proceso que ha de orientarse por la idea de racionalidad.

Finalmente, en el capítulo séptimo se estudian los valores fundamentadores de la concepción del Derecho como proceso normativo, entendida en el contexto del ordenamiento jurídico español, los cuales le dan sentido y sirven para presidir la interpretación y aplicación del mismo, consiguiendo una formulación de la relación poder-Derecho, una positivación de los contenidos éticos o de la justicia que el poder quiere conseguir a través del Derecho²⁶. Uno de los aspectos que se evidencian es que las funciones que desempeñan son las de fundamentar las disposiciones constitucionales y del ordenamiento jurídico, orientar las actuaciones jurídico-políticas hacia objetivos específicos y hacer la crítica que permite llevar a cabo juicios valorativos de hechos o conductas²⁷. Sobre la cuestión de si existe una jerarquía entre los valores que recoge el artículo 1.1 de la Constitución, la

²³ K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 308 y 309.

²⁴ M. TROPER, *Por una teoría jurídica del Estado*, trad. de M. Venegas Grau, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, p. 68.

²⁵ E. BULYGIN, «Sentencia judicial y creación del Derecho», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2021, p. 356.

²⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006, p. 98.

²⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 65 y ss.; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 294.

postura defendida es que no hay una preferencia jerárquica entre ellos. El hecho de que se establezca una enumeración, especificándose la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, no quiere decir que la libertad sea más importante que el resto, o que la justicia sea superior en rango a la igualdad y al pluralismo político.