

laciones) no solo no provee equidad — como sabemos, tampoco lo pretende — sino que acaba siendo a muy corto plazo ineficiente a causa del hundimiento de las expectativas de cumplimiento de los pactos (como muestra el dilema del prisionero) y de los fallos generalizados del mercado. Pero un sistema económico totalmente intervenido, centralizado y planificado, como los que hemos conocido durante el siglo xx — normalmente asociados a dictaduras totalitarias — deja prácticamente de ser *economía* (en todo caso deja de ser economía de mercado porque ya no transmite información sobre la demanda, la oferta o el precio) para ser fundamentalmente *Derecho* esto es, un artefacto que lleva a todo el mundo, por la fuerza, a donde no quieren ir, pero esta vez sin justificación verificable desde el punto de vista del interés general.

ESTRUCTURA Y FINES DEL DERECHO

José Luis Pérez Triviño

2.1. La estructura del Derecho

2.1.1. *Introducción*

El DERECHO, COMO SE HA visto en el capítulo anterior, puede considerarse un instrumento para alcanzar ciertos fines. Y, sin duda alguna, esa perspectiva es la que parece más interesante a un economista. Pero no se puede comprender de forma profunda y precisa esa naturaleza instrumental sin tener unos mínimos conocimientos acerca de la estructura, los componentes y los fines del Derecho. Este es el objetivo de este capítulo.

Un derecho es un conjunto de normas de diverso tipo y distinta jerarquía. Tales normas que integran los sistemas jurídicos están estructuradas, en sentido amplio, para que no haya conflictos y para que pue-

dan cumplir los fines para los que fueron creadas, aunque estos objetivos, como es obvio, no siempre se alcanzan. Por otro lado, dado que los sistemas jurídicos pretenden alcanzar distintos fines, existen distintas clases de normas según los sujetos a los que se dirigen o el propósito con el que fueron promulgadas.

Es una perogrullada señalar que el Derecho se compone de normas jurídicas. Pero no lo es analizar qué tipos de normas son característicos de los complejos ordenamientos actuales, así como cuáles son las relaciones que se establecen entre ellas de forma que cumplan sus objetivos. Por eso, parece relevante proceder al examen de esos integrantes indudables de los sistemas jurídicos que son las normas.

Clasificar el amplio conjunto de normas jurídicas no es fácil. La lista que aparece al final de este apartado («Normativa citada», págs. 54-56) es simplemente una enumeración ejemplificativa e incompleta de los diferentes enunciados normativos que pueden formar parte de un ordenamiento jurídico (también están los preámbulos de las leyes, las normas transitorias, las disposiciones adicionales, las leyes de bases, etc.). Existen varias formas de clasificarlas. Aquí seguiremos una estrategia convencional consistente en incidir en los distintos tipos de normas según cuál sea su fuente de creación. Aprovecharemos para mostrar, *grosso modo*, cuál es la jerarquía normativa en el ordenamiento español. Por último, se verá también, brevemente, la distinta forma de organización y de funcionamiento de los sistemas jurídicos herederos del sistema romano y los del Common Law.

2.1.2. Las fuentes del Derecho y la jerarquía normativa

No todos los sistemas jurídicos que han existido han funcionado y se han organizado de la misma manera. En las sociedades primitivas, las normas eran, básicamente, un conjunto varietoso y breve de costumbres y reglas que en muchas ocasiones atribuían su origen final a una voluntad supranatural. En la actualidad, y al menos en nuestro ámbito cultural, su estructura es notablemente compleja, pues suele incluir diversos tipos de normas. Una clasificación estándar es la que distingue entre leyes, costumbres y principios como principales tipos de normas, y después se suele añadir la jurisprudencia y la doctrina científica como formas peculiares de creación de normas.

2.1.2.1. La ley

Al término «ley» se le puede predicar varios significados:

- 1) como equivalente a Derecho, a norma jurídica en general;
- 2) como norma jurídica impuesta autoritariamente por el Estado, ya sea a través del Parlamento, el Gobierno o de un órgano de la Administración. En este sentido, se puede utilizar «ley» para referirse a los casos 1-4 expuestos en la «Normativa citada» (pág. 54).
- 3) En un sentido más limitado designa un determinado grupo de esas normas estatales, las originadas en el Parlamento. En este sentido, solo se utilizaría para denotar los ejemplos 3 y 4.

El sentido a utilizar aquí es el segundo. En efecto, en la época moderna el Derecho procede en su mayor parte del Estado mismo y, en este sentido, la ley es la principal fuente del Derecho. Es por ello que se dice normalmente (y nos referimos aquí al artículo 1.1. del Código Civil español) que la ley es superior a la costumbre o a los principios generales del Derecho, incluyendo aquí las leyes que emanan del poder legislativo, y también las normas dictadas por el Gobierno y la Administración.

Ahora bien, dentro de esta acepción del término «ley» es necesario señalar que normalmente los ordenamientos jurídicos fijan una jerarquía interna entre las normas emanadas de cualquier órgano estatal. En efecto, el Estado crea derecho a través de determinadas personas o grupos de personas que están facultadas por el ordenamiento jurídico-político para producir normas jurídicas. Cuáles sean esos órganos y las formalidades a las que deben estar sujetos en cada caso depende de esa misma organización política. Es por ello que en cada Estado u Ordenamiento jurídico se establece un sistema que permite jerarquizar esas normas.

Históricamente, la cúspide de este sistema jerárquico estaba ocupada por la ley, entendida en el tercer sentido citado anteriormente, esto es, como el conjunto de normas emanadas del Poder Legislativo. Según el momento histórico, la competencia legislativa ha residido en el soberano, en los emperadores o en los parlamentos. En la Ilustración la ley gozó probablemente del momento de su mayor prestigio como expresión máxima de la racionalidad y la justicia. El centro de la autoridad legislativa era la «voluntad general o popular», presuponiéndose (al menos formalmente) que todos los ciudadanos tenían el derecho a participar en su conforma-

ción. De ahí que los rasgos centrales de la ley fueran la generalidad y la abstracción. La generalidad significaba que la ley se dirigía a todos los ciudadanos; en sentido inverso, trataba de impedir la existencia de leyes particulares. El sentido de la abstracción es que la ley regula casos genéricos y no casos individuales, es decir, no se establecían privilegios (leyes privadas o dirigidas a unos casos concretos).

Sin embargo, en la actualidad se experimenta un fenómeno conocido como «crisis de la ley», pues esta parece haber perdido parcialmente la preeminencia que tenía en el sistema de fuentes. Las razones de este fenómeno son varias. Por un lado, se mencionan los fenómenos de supraestatalidad para referirse al impacto de la Constitución y a la importancia de los poderes normativos supraestatales, esto es, las normas de carácter internacional (tratados y documentos normativos internacionales).

Por otro lado, se encuentran los fenómenos de infraestatalidad, con la reciente importancia de poderes normativos de origen infraestatal (por ejemplo, los convenios colectivos, que son reflejo del poder de autonormación de particulares y colectivos, en especial de los empresarios y trabajadores que se ponen de acuerdo para regular los aspectos relevantes de las condiciones de trabajo, salarios, etc.).

Pero de entre estos fenómenos, el que ha venido a trastocar en mayor medida el sentido de la primacía de la ley, y por ende el propio sistema de fuentes, es la aparición de la Constitución.

Dada la complejidad de los actuales Estados, se ha establecido un sistema de jerarquía de normas en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Su aprobación y modificación exige, en muchos países, aunque no en todos, un procedimiento especial, más complicado y difícil que el de las leyes ordinarias, aprobadas por el Parlamento. Así pues, se entiende que el poder para reformar la Constitución se encuentra en el conjunto de los ciudadanos (soberanía popular) y la de dictar las leyes ordinarias en el poder legislativo. Por otro lado, es la propia Constitución la que establece la composición y el funcionamiento de los principales órganos del Estado. Baste como ejemplo el artículo 66 de la Constitución Española (véase pág. 53), que señala algunas de las competencias y la organización del Parlamento español.

Pero si volvemos a la cuestión de cómo está estructurado el ordenamiento jurídico, por debajo de ese actor fundamental que es el Parlamento, encontraremos el Gobierno y la Administración, cuya función central es la ejecución de las leyes. El Gobierno tiene la facultad de dic-

tar normas que desarrollen, aclaren o completen las leyes. Este poder, denominado «reglamentario» se ejerce por las distintas formas y normas que fija cada ordenamiento, entre las cuales, a su vez, se establece una prelación. Así, en España, según la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, en su artículo 23.2, las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa:

- decretos;
- órdenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno;
- órdenes ministeriales;
- disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.

Un ejemplo es el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención), que aparece al final de este apartado (véase pág. 55) y cuyo cometido es desarrollar la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995.

Como consecuencia de esta jerarquía ninguna norma inferior debe estar en contradicción con una superior: una orden no puede ser contraria a un decreto; un decreto a una ley, una ley a la Constitución.

Pero si bien es cierto que el principio de jerarquía tiene como presupuesto limitar la capacidad de actuación del Gobierno y la Administración al impedir que puedan dictar normas o tomar medidas contrarias o en defecto de las leyes, también debe hacerse notar que en los últimos decenios se ha ido produciendo el fenómeno opuesto: el aumento de la capacidad de actuación y normativa del Gobierno. Es cada vez mayor la intervención del Estado en la vida de los individuos y en la propia vida social, y la Administración ha ido asumiendo cada vez más facultades para dictar normas jurídicas, bien por delegación del Parlamento (legislación delegada), bien por su propio impulso expansivo hacia campos que antes parecían reservados al poder del Parlamento.

2.1.2.2. *La costumbre*

La costumbre, como forma de reglamentación social, tuvo una función fundamental en las sociedades primitivas y, en el caso occidental, desempeñó un papel principal hasta la Edad Moderna, cuando la legislación empezó a tener una mayor centralidad. Desde entonces ha ido perdiendo relevancia progresivamente.

Se puede definir la costumbre como la norma de conducta que surge de los comportamientos reiterados de un grupo de individuos y que es aceptada como obligatoria por tal comunidad. A diferencia de los usos sociales, que también consisten en la reiteración de actos por parte de un colectivo, lo característico de las costumbres es que su práctica social adquiere obligatoriedad. Por ello, suponen la expresión de una decisión colectiva espontánea e inconsciente de forma que puede ser reconocida como vinculante por el propio grupo.

La constatación de la existencia de una costumbre requiere demostrar una serie de circunstancias de índole fáctica y normativa. Entre las condiciones fácticas se encuentran la reiteración, la antigüedad, la uniformidad, la generalidad y la publicidad. Entre los requisitos normativos debe darse la creencia por parte de los que la practican de que se trata de un comportamiento obligatorio (*opinio iuris sive necessitatis*) y que el apartamiento de la práctica social tenga normalmente como consecuencia una reacción negativa. Por otro lado, debe ser lícita.

Pero, una vez señaladas estas condiciones de existencia, también parece conveniente señalar algunos problemas que pueden darse en su identificación. Dificultades, que como se señalará a continuación, han contribuido a que en la actualidad la costumbre tenga un papel residual. El primer elemento de la caracterización de la costumbre es la conducta repetida a lo largo del tiempo por un grupo social. Pero aquí surgen múltiples interrogantes: ¿cuál debe ser la extensión de las dimensiones social y cronológica?, ¿basta con que diez personas compartan el mismo hábito o serán necesarias diez mil?, ¿cuánto tiempo debe transcurrir para considerar que ha cristalizado una costumbre?, ¿qué se entenderá por «un mismo modelo de acción en las mismas circunstancias»? Respecto a la condición normativa también pueden plantearse interrogantes parecidos a los examinados en el párrafo anterior: no todos los individuos que forman parte del grupo que practica la costumbre tienen la misma actitud de exigibilidad, ni experimentan los mismos sentimientos.

Como antes se señalaba, históricamente la costumbre ha tenido un papel muy importante, y en la actualidad desempeña todavía un papel relevante en los derechos primitivos y en el derecho internacional. Pero en lo que concierne a los derechos estatales su decadencia se debió a tres factores:

- El surgimiento del Estado, que conlleva la concentración y unidad jurídica en los procesos de creación y de aplicación de normas, en detrimento de las formas de creación espontáneas e informales.

- La racionalización jurídica y su propósito de evitar la inseguridad. Los problemas de pruebas que afectan a la costumbre (¿cómo probarla?) provocan su rápido declive como fuente de Derecho.

- La consagración de la igualdad, que es otro de los principios que acompañan el advenimiento del Estado liberal, supone la supresión de los localismos y privilegios, propiedades características de las costumbres.

En definitiva, la importancia actual de las costumbres es muy reducida comparada con la que tuvo en el pasado. En la actualidad, su intervención en el sistema de fuentes se canaliza por dos vías:

- Por remisión de la ley o por ausencia de ley (ej.: artículo 1.599 CC: «Si no hubiera costumbre en contra, el precio de la obra se pagará a la entrega»).

- Para dotar de significado a disposiciones normativas que utilizan términos poco claros como así sucede con el Código Civil y sus expresiones: «buen padre de familia», «moral», «orden público», etc.

2.1.2.3. Los principios del Derecho

El término «principio» tiene una larga tradición en el lenguaje jurídico, y en los últimos años ha recuperado cierta relevancia con la aparición de nuevos enfoques y problemas. En la visión tradicional, los principios venían a ser un último recurso que tenía a su alcance el juez para resolver cualquier caso oscuro que se le planteara y cumplir con su deber de resolver los litigios, especialmente en aquellos supuestos en que no hubiera una norma o regla que explícitamente lo regulara (o hubiera varias normas que lo hicieran contradictoriamente). Los principios generales del Derecho eran entonces normas implícitas y suponían, por tanto, un presunto Derecho latente, que no se capta del mismo modo que una ley o costumbre pero que, no obstante, parece existir.

Hoy en día, la mayor parte de los principios son normas expresamente formuladas en el propio Ordenamiento Jurídico, pero también aparecen en múltiples ocasiones en la Constitución y en leyes o sentencias judiciales, como el principio de igualdad, de autonomía, de dignidad, etc.

Aunque se da por supuesto el valor normativo de los principios, lo cierto es que hasta hace poco tiempo la opinión dominante era que los principios no eran jurídicamente obligatorios o al menos, no tan obligatorios como el resto de normas que integraban un sistema jurídico. En la actualidad no hay problema en aceptar que los principios son obligatorios sobre la base de una concepción más amplia de lo que es una norma, esto es, una proposición sobre lo que debe ser. Bajo esta perspectiva, no habría diferencias sustantivas entre una norma y un principio. Pero sí se notaría su peculiaridad en su aplicación a los casos concretos (y no en su fuerza normativa).

La función de los principios

Los principios pueden desempeñar un papel significativo en varios aspectos relevantes. Cumplen una función unificadora y normativa. Respecto de la primera, los principios sirven para mantener la imagen de que el Derecho es un sistema, y que no es un conjunto inconexo de normas, sino una unidad dotada de sentido. De esta forma, los principios orientan al sistema (a las normas que lo componen) hacia unos objetivos o valores considerados importantes. Las leyes y demás normas emanadas de los órganos del Estado son vistas, entonces, como deducidas de los principios jurídicos, especialmente de los incorporados en la Constitución. Por ejemplo, y remitiéndonos a la «Normativa citada» al final del apartado, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el decreto que la desarrolla (véase pág. 55) podrían ser comprendidos como normas que emanan del principio constitucional que protege la salud.

Respecto de la función normativa, al igual que las reglas, los principios tanto regulan el comportamiento de los sujetos normativos como pueden dirigirse a los operadores jurídicos (jueces, órganos de la Administración) estableciendo no solo recomendaciones sino mandatos de actuación propiamente dichos.

Caracterización de los principios

a) La dimensión de peso

Los principios no actúan como «reglas todo o nada», sino que se configuran como razones para decidir, de forma que los operadores jurídicos llamados a aplicarlos los utilizan como criterios para decidir en un sentido u otro. Ahora bien, son razones no concluyentes que necesitan ponderarse con otras razones. Piénsese en

el siguiente ejemplo: ¿puede un medio de comunicación publicar imágenes de la muerte de un torero, por muy famoso que este sea? En principio no hay ninguna regla que resuelva el caso de forma precisa y definitiva. Entran en juego principios que apuntan en direcciones opuestas: por un lado, el principio que otorga al medio de comunicación el derecho de informar de tal suceso alegando «interés público». Y por otro lado, el principio, que alegó la defensa del torero, de protección de la intimidad. El Tribunal Constitucional, para resolver el caso, tuvo que ponderar, es decir, dar razones acerca de si tal acontecimiento tenía suficiente entidad como «interés público». Finalmente, decidió que no era así en ese caso, pero en otros similares puede decantarse por una respuesta distinta.

b) El carácter abierto

A diferencia de lo que ocurre con las reglas, los principios configuran el caso de forma abierta, es decir, que las propiedades que conforman el caso no constituyen un conjunto cerrado y preciso. Volvamos al artículo 10 de la Constitución Española, que expresa varios principios: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». ¿Cuáles son las condiciones de aplicación de estos principios y cuáles sus consecuencias jurídicas? Parece claro que ni unas ni otras están previstas en el propio principio. Para comprender mejor este rasgo, podemos establecer una comparación con la regla que establece el artículo 163 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal según la cual «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años». En esta regla puede identificarse con relativa facilidad la condición de aplicación (que un individuo encierre o detenga a otro privándole de su libertad) y la consecuencia de tal acción (un castigo de prisión de cuatro a seis años).

El principio de igualdad nos da otro ejemplo de este carácter abierto, pues carece o presenta de forma fragmentaria el supuesto de hecho. En efecto, es imposible saber cuándo es exigible un tratamiento igual ni cuándo se autoriza un tratamiento desigual. Por eso, toda igualdad es siempre relativa a un determinado elemento

de comparación, pero la fijación de esa comparación es una decisión libre de quien juzga (Betegón, J., Gascón, M., Páramo, J. R. y Prieto, L., 1997, Pág. 349). Un principio exige, por lo tanto, una fundamentación racional a la hora de establecer la conexión entre la situación fáctica y la consecuencia jurídica.

Como última reflexión, vale la pena señalar que la existencia de principios en las constituciones y la consiguiente necesidad de ponderar por parte de los órganos aplicadores supone un fortalecimiento de la posición del juez. En efecto, en los conflictos entre principios la resolución en el caso concreto es establecida por el juez, que es quien otorga preferencia a uno u otro principio.

2.1.2.4. La jurisprudencia

Se entiende por jurisprudencia el conjunto de razones que utilizan los tribunales para resolver un caso en sus sentencias. La jurisprudencia no es tanto la sentencia judicial concreta sino el conjunto de razones que de manera reiterada se utilizan por los tribunales en sus diversas sentencias y que, normalmente, suponen una determinada interpretación de una norma jurídica preexistente. El conjunto de razones que establecen una determinada interpretación provoca que sea aceptada y utilizada por otros jueces cuando resuelven casos posteriores en los que se aplica tal norma. Es lo que se denomina precedente.

En el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia no es fuente del Derecho, es decir, un juez no puede utilizarla como el único y principal referente normativo para fundamentar su sentencia, como tampoco lo es en el resto de sistemas jurídicos de la Europa continental. En cambio, en los sistemas anglosajones del Common Law, las sentencias de los tribunales forman la fuente más significativa del Derecho. En dicho sistema, la doctrina (*ratio decidendi*) que puede inferirse de cada sentencia individual es, en ciertos casos, obligatoria para todo juicio donde se resuelven supuestos análogos.

En el pasado, al igual que ocurría con la costumbre, la jurisprudencia tuvo una mayor importancia, pero el propio desarrollo del Derecho con la supremacía de la ley junto con el principio de separación de poderes, provocó su relegación a un papel testimonial en el sistema de fuentes, al menos desde una perspectiva formal. En efecto, los jueces tienen como cometido central aplicar la ley a través de la sentencia, mientras que su creación queda reservada al poder legisla-

tivo. Se entiende de forma generalizada que el fallo judicial no es una norma, sino un acto de aplicación.

Ahora bien, todo lo recién expuesto corresponde a la ubicación formal de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. Pero si se atiende a la realidad, esto es, al papel que efectivamente desempeñan las sentencias judiciales, la valoración debe ser distinta. Como indica Ángel Latortre en su libro *Introducción al derecho*:

«La labor de los tribunales no se ha limitado ni podía limitarse a la aplicación mecánica de las leyes, sino que las han interpretado y adaptado con gran flexibilidad a las cambiantes necesidades sociales y a la infinita variedad de los problemas prácticos que la realidad plantea día a día. Para el jurista, la jurisprudencia tiene tanta importancia como la ley, y sin ella no puede conocerse la auténtica fisonomía de un Derecho.»

También, de una forma algo exagerada pero con un punto de razón, Ambrose Bierce en *El diccionario del diablo* definía «legals» como aquello «compatible con la voluntad del juez competente».²¹

Como se puede ver en el extracto al final de este apartado, el Tribunal Constitucional cambia de parecer, de jurisprudencia, al interpretar el artículo 8 de la Constitución Española, cuando amplía el ámbito de su protección para incluir los ruidos y los malos olores entre los actos que pueden afectar a los derechos a la integridad física, a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio. Lo que antes no era una afectación, esto es, un comportamiento prohibido, pasa a serlo cuando el Tribunal Constitucional modifica el sentido que otorga a la intimidad personal, familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

Pero no hace falta llegar hasta el Tribunal Constitucional para hablar de jurisprudencia. El ordenamiento español permite recurrir ante el Tribunal Supremo por medio del recurso de casación en materia civil cuando un tribunal o juzgado inferior se aparta de «la doctrina legal», entendiendo por tal la interpretación uniforme que realiza el Tribunal Supremo de una determinada norma en, al menos, dos sentencias. Por lo tanto, esto significa que los demás jueces deben seguir la doctrina del Tribunal Supremo (si no quieren ver recurrida su sentencia). Pero este principio necesita ser precisado señalando los requisitos que deben darse para que se entienda que hay jurisprudencia del Tribunal Supremo: 1) reiteración en los criterios (dos casos resueltos en el mismo sentido); 2) igualdad sustancial entre los casos; 3) solo se pueden tomar en con-

sideración los criterios expresados en la *ratio decidendi* (la parte de la sentencia donde se expresan las razones de fondo que determinan el fallo), no en el obiter dicta (aquellas partes de la sentencia donde aparecen consideraciones jurídicas menos relevantes).

2.1.2.5. La doctrina científica

Se entiende por doctrina (científica) las opiniones de los juristas expresadas en sus escritos. Como ocurre con la jurisprudencia, tampoco es fuente de Derecho, sino que se le reconoce únicamente «el rango de medio auxiliar para la determinación y la comprensión de las normas jurídicas» (Latorre, A., 1991, pág. 80).

La actividad del jurista puede consistir en la síntesis de las fuentes (normas, principios, costumbres) para, de esta forma, facilitar el trabajo del juez al identificar las normas aplicables al caso que debe resolver. En ocasiones puede ser un cometido «amplificador» en lugar de «simplificador», lo cual lleva al jurista a tareas tan dispares como dar explicaciones tendentes a precisar el significado de las expresiones contenidas en el texto, a exponer los interrogantes o las perplejidades en la comprensión del texto, a dar su opinión acerca del contenido que satisface armónicamente el significado de las palabras, la intención presunta del legislador y la mejor solución de los problemas reales y actuales, e incluso a la reformulación de la norma, según su propia valoración ética, con una propuesta de derogación o reforma (Mendonça, D. y Guibourg, R., 2004, pág. 57).

Pero la cuestión importante a los efectos de este tema es si las opiniones doctrinales generan un cambio en el sistema jurídico, a través de las eventuales interpretaciones que puedan ofrecer de los textos legales. De hecho, históricamente, la opinión de los juristas constituyó una importante fuente del derecho romano llegando al punto de establecer una prelación en la autoridad de los juristas cuyas opiniones se invocaban ante los tribunales. Entre los juristas a los cuales se podía remitir, el más destacado de ellos, y por lo tanto aquel cuyas opiniones tenían más peso, era Papiniano.

En la actualidad el papel de la doctrina es más modesto en el sentido de que el juez goza de libre valoración a la hora de tomar en consideración las opiniones de los juristas y su valor. Pero, en la práctica, los argumentos de «autoridad» continúan teniendo una importancia nada desdeñable, sobre todo cuando se apela a los juristas de más prestigio o cuando la doctrina merece la caracterización de «dominante».

2.1.3. El Common Law

Como se examinó anteriormente, la regla de reconocimiento de un derecho puede dar preeminencia a una u otra fuente del Derecho. Hay dos grandes tradiciones jurídicas a la hora de establecer el sistema de fuentes. La tradición continental o de derecho civil (Civil Law) y la tradición del Common Law. El Common Law es el conjunto de ordenamientos jurídicos que dan preeminencia al derecho consuetudinario y al jurisprudencial.

El Civil Law, que tiene su origen en el derecho romano, da preeminencia al Derecho legislado en detrimento de las decisiones judiciales, a las que niega la categoría de verdaderas fuentes del Derecho. Es decir, sostiene una concepción que, ligada a la idea de separación, supone que los jueces solo tienen como función la aplicación de las normas generales creadas por el poder legislativo.

En nuestro sistema jurídico la ubicación de la jurisprudencia en el sistema de fuentes es acorde con esta tradición. En efecto, el artículo 166 establece que la jurisprudencia no es una auténtica fuente del Derecho, sino únicamente un fuente complementaria, lo cual significa que su papel no es creador de normas jurídicas. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada señalando el lugar especial que corresponde al Tribunal Supremo, tal y como se examinó en el apartado dedicado a la jurisprudencia.

Se trata de una cultura jurídica que se desarrolló en gran parte de las islas Británicas (y de ahí se expandió a las colonias), sin recibir la influencia del derecho romano como sucedió en el resto de Europa. Entre sus rasgos más específicos se debe destacar que no establece una separación de poderes rígida (legislativo y judicial coinciden en el vértice) y que, en lo que concierne al asunto que nos ocupa, se trata de una tradición que otorga importancia a las costumbres y a los precedentes jurisprudenciales, de forma que las decisiones judiciales constituyen la principal fuente del Derecho. Las decisiones de los jueces se convierten en precedentes que vinculan al juez actual en casos análogos. De esta forma, si al examinar el caso presente el juez encuentra uno análogo solucionado en el pasado, entonces se dicta una sentencia (*declaratory precedent*), pero si no había precedente, el juez decide según los principios generales del Derecho (*original precedent*). El juez puede apartarse del precedente si su aplicación produce injusticia.

La principal ventaja del Common Law frente a la tradición del Civil Law es la mayor posibilidad de adaptarse al caso concreto. Pero a la vez, su inconveniente central es que no forma un corpus limitado y sistemático, lo cual favorece la incerteza.

Desde hace tiempo se viene observando una cierta convergencia entre las dos tradiciones. Así, en la tradición continental, tal y como se ha señalado anteriormente, los jueces, en la práctica, siguen las decisiones anteriores, esto es, los precedentes se utilizan para preparar casos y justificar decisiones judiciales. Por otro lado, la institucionalización del Derecho ha generado una actitud más activa y particularista de los jueces.

En cambio, en la tradición del Common Law, el Derecho legislado es cada vez más importante y los jueces tienen una mayor independencia para desvincularse de los precedentes que puedan considerarse erróneos.

2.1.4. El Derecho: la sanción y el carácter institucionalizado

2.1.4.1. Introducción

Los sistemas jurídicos presentan varios rasgos característicos: son sistemas normativos, coactivos e institucionalizados. En el apartado anterior se ha examinado el primer rasgo, analizando la estructura y los componentes de los ordenamientos jurídicos: las normas, las costumbres, los principios, e incluso la jurisprudencia y la doctrina científica. En este apartado nos detendremos a examinar las otras dos características, relacionándolas con la cuestión relativa a los fines del Derecho.

Los sistemas jurídicos son sistemas coactivos, es decir, utilizan como último recurso la amenaza de un daño para guiar el comportamiento social. La amenaza de sufrir algún tipo de daño es la forma tradicional que utiliza la autoridad normativa para motivar nuestra conducta, para que hagamos (o dejemos de hacer) una determinada acción que, quizá, sin esa amenaza externa, no realizaríamos. La sanción sería la respuesta que da el Derecho a un determinado comportamiento normalmente opuesto a lo que requiere una regla. Así considerada, la sanción parece constituirse en un elemento si no necesario, sí insoslayable en la caracterización del Derecho. Según algunas teorías que han tenido una notableísima influencia, el Derecho sería básicamente un conjunto de normas

que guían las conductas de los destinatarios mediante la amenaza de un daño en caso de no seguir tal patrón de comportamiento.

Hoy día, una visión así no puede ser tachada más que de simplista. La evolución del propio Derecho y una mejor comprensión de sus elementos, de su estructura y funcionamiento, conduce a afirmar que las funciones que cumplen los sistemas jurídicos son variadas, así como son diversos también los medios que pone en práctica para conseguirlos. Así, por ejemplo, los derechos contemporáneos cumplen funciones de:

- Integración social: trata de que los individuos interioricen determinadas pautas de conducta, de forma que la adecuación a los comportamientos que establecen las normas jurídicas no sea forzada por la amenaza externa de la sanción jurídica, sino que los comportamientos sean deseados y realizados por el sujeto por su propia iniciativa. Aquí entraría la regulación jurídica del sistema educativo, entre otros.
- Tramamiento y resolución de conflictos: dada la innegable realidad de la coexistencia de individuos y colectivos con diferentes intereses (patrones culturales, tradiciones, creencias, etc.) en una misma sociedad, el Derecho trata de evitar que surjan conflictos entre ellos; y si aparecen, trata de establecer mecanismos de resolución para que se recupere la paz social. Han adquirido especial importancia últimamente los métodos alternativos de resolución de conflictos que, entre otros objetivos, pretenden que su solución no se gestione por la vía judicial sino por otros cauces donde sea posible la negociación y la mediación.
- Funciones económicas de distribución de bienes y riqueza: la aparición y posterior desarrollo de lo que se conoce como Estado de bienestar supone atribuir al Estado la finalidad de redistribuir los recursos económicos entre los miembros de la sociedad. Se profundizará en este aspecto más adelante.
- Legitimación del poder: dada la imbricación entre el Derecho y el poder político, puede decirse que cuando las normas, principios y valores que expresa el ordenamiento jurídico son aceptados socialmente, entonces tiende a afirmarse que el poder político que suscita el Estado está legitimado.

Aún así, la función principal del Derecho sigue siendo el control social.

2.1.4.2. El control social

El Derecho trata fundamentalmente de orientar las conductas de los individuos de forma que sus comportamientos se adecuen a los modelos o patrones que establecen las normas. Entre sus finalidades destaca la estabilidad en el funcionamiento de las instituciones sociales, de forma que se garantice y mantenga el equilibrio y el orden social.

Pero si numerosas y diversas son las funciones que cumplen los derechos en las sociedades actuales, también son varias las formas mediante las cuales trata de conseguir dichos objetivos. En efecto, el Derecho puede ejercer el control de varias formas: 1) la promoción; 2) la prevención; 3) el premio; 4) La represión. En algunos casos, tal regulación se lleva a cabo señalando cuáles son las conductas deseables (promoción y premio) y, en otros, indicando cuáles son las indeseables (prevención y represión). Por otro lado, respecto a tales conductas, el Derecho puede actuar antes (promoción y prevención) o después de practicadas (premio y represión). En general, estas técnicas tienen en común que responden al propósito del Derecho de orientar el comportamiento de los individuos, influyendo sobre ellos, de forma que transformen sus originarias preferencias en conductas que se adecuan a lo deseado por las normas jurídicas.

1) La promoción

La promoción consiste en incentivar una conducta deseable antes de que esta se produzca. Por ejemplo, si se pretende que se produzca una mayor inversión en innovación tecnológica en un determinado sector profesional, se pueden conceder créditos a bajo interés para los profesionales que deseen renovar su maquinaria. El otorgamiento de subvenciones a un sector empresarial para aumentar el uso de una determinada lengua, como sucede para el catalán en las salas cinematográficas en Cataluña, también puede constituir un buen ejemplo de este tipo de medidas.

2) La prevención

La prevención trata de desincentivar una conducta indeseable antes de que esta se produzca. Ejemplos de estas medidas se encuentran en las normas que establecen la vigilancia de un evento en previsión de que pueda suceder un altercado. No se espera, pues, a que se produzca el

comportamiento que se quiere desalentar, sino que el Derecho se anticipa a su realización. Así, las normas del Derecho penal pueden ser vistas como normas que tratan de evitar que se realicen conductas indeseadas, los delitos, amenazando con un daño a quien las lleve a cabo.

3) Los premios

Los premios incentivan un comportamiento deseable después de que este se haya producido. Si alguien invierte parte de su dinero en obras culturales y se le ofrece la posibilidad de desgravarlo en su declaración de la renta, puede entenderse que goza de un premio que pretende alentar este tipo de inversiones. Otro ejemplo es el caso de un preso al que se le reduce la pena por buen comportamiento. Una vez producido el buen comportamiento, se le concede la reducción.

4) La represión

La represión pretende desincentivar una conducta indeseable después de que esta se produzca. La ejecución de las sanciones penales constituye una acción paradigmática. Por ejemplo, al sancionar un homicidio con una pena de veinte años de prisión se pretende desalentar que se cometan homicidios. Aunque, a diferencia de las medidas de prevención, el castigo se lleva a cabo cuando el acto indeseado, el delito, se ha producido, con esta técnica el Derecho influye en la preferencia del individuo señalando un comportamiento no deseado e imputándole consecuencias desagradables, de forma que para el sujeto se haga costosa su realización.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, la técnica más característica del Derecho ha sido, históricamente, la represiva. También se podría señalar que ha sido propia de la época correspondiente al Estado liberal (siglos xviii y xix). El surgimiento y la posterior expansión de las otras técnicas, en especial la promocional y la del premio, se corresponden con la asunción de nuevas funciones del Estado. La transformación del Estado liberal en Estado social intervencionista y asistencial no ha sido ajena a la introducción de dichas técnicas, mucho más apropiadas para el logro de los objetivos redistributivos propios de dicho modelo de Estado.

2.1.4.3. El carácter institucionalizado

En tercer lugar, un sistema jurídico es un sistema institucionalizado, un conjunto de reglas que, además de regular el comportamiento de los

individuos, consta de otras reglas por las que se regula el propio sistema normativo. En efecto, es característico de los sistemas jurídicos que haya reglas que establezcan las condiciones para crear otras nuevas o eliminar las existentes, designar los órganos con competencia para ello, así como regular la aplicación del Derecho en casos concretos a través de los órganos judiciales. Un examen más detallado de esta estructura compleja de los ordenamientos jurídicos, tomando como ejemplo el sistema jurídico español, se planteará en el capítulo siguiente.

El Estado realiza sus distintas funciones (creación y eliminación de normas, resolución de conflictos, prestación de servicios, mantenimiento del orden, etc.) a través de instituciones (por ejemplo, el Parlamento, el Gobierno, la Corona, el poder judicial, las universidades, los ministerios, etc.). Tanto la creación, la determinación de las competencias, como la regulación de la actividad de tales órganos es algo que obedece a normas jurídicas. Por otra parte, las normas jurídicas también son producto de distintos órganos, tanto en lo que se refiere a su creación y eliminación, como a su aplicación. En consecuencia, el Derecho actúa mediante instituciones que, a su vez, existen y se regulan a través del Derecho. Esto es lo que se conoce como el carácter institucionalizado del Derecho.

El Derecho, pues, además de regular las conductas de los ciudadanos tiene como función esencial la regulación de los distintos órganos (su creación, competencias, funcionamiento, etc.).

Una manera de examinar este carácter institucionalizado es considerar que el Derecho es una unión de reglas primarias y reglas secundarias (Hart, H., 1963, cap. 5). Las primeras se caracterizan por regular el comportamiento de los individuos. Las normas del Derecho penal que señalan qué acciones están prohibidas son un ejemplo de este tipo de reglas. Las reglas secundarias se caracterizan, en primer lugar, por que sus destinatarios no son los individuos sino los propios órganos del Estado. En opinión de Hart, en esta combinación de reglas primarias y secundarias estaría el carácter distintivo del Derecho frente a otros sistemas normativos, como la moral. En efecto, el Derecho y la moral tienen en común que son sistemas normativos y sancionadores; incluso regulan un campo común de comportamientos individuales y sociales. La diferencia entre ambos sistemas debe buscarse en que el Derecho es una institución que puede cambiar sus reglas deliberadamente a través de órganos como los parlamentos o los gobiernos y que, además, genera las sanciones de manera centralizada e institucionalizada a través de

tribunales. En cambio, en el ámbito de la moral no hay parlamentos ni tribunales conocidos.

En este sentido, Hart distingue entre las reglas secundarias tres subgrupos: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento.

- Las reglas de cambio son las que regulan las funciones, la composición y las competencias de los órganos legisladores en sentido amplio (órganos que tienen la capacidad de introducir y eliminar normas). Un ejemplo de este tipo de reglas en el ordenamiento jurídico español puede verse en el artículo 66 de la Constitución Española transcrito más adelante («Normativa citada», pág. 54). La función que permite cumplir tal clase de reglas es la de cambiar el sistema jurídico, hacerlo dinámico y dotarlo de la capacidad para enfrentarse a nuevos problemas sociales, económicos, etc. Para entender la importancia de estas reglas basta comparar el Derecho, que es un sistema dinámico que se adapta a las nuevas necesidades sociales, frente a la moral, que es un sistema estático, es decir, que carece de mecanismos de introducción y eliminación de reglas.

- Las reglas de adjudicación tienen como destinatarios los órganos aplicadores, especialmente jueces y tribunales. Determinan su competencia, sus funciones y, en sentido amplio, de qué forma se resolverán los conflictos sociales a través de los procesos judiciales y las respectivas sentencias. Cualquiera regla que establezca las competencias de los jueces y tribunales o regule un procedimiento judicial podría ser entendida como una regla de adjudicación. En última instancia, estos órganos ejercen la función esencial de determinar en qué casos y cómo se ejecutarán físicamente las medidas coactivas. Su relevancia histórica estriba en que con su introducción se produjo la centralización y monopolización del uso de la fuerza física. De esa forma se rechazaba y dejaba apartado el uso privado de la fuerza física en forma de venganza, con toda la carga de arbitrariedad, inseguridad e injusticia que llevaba consigo.

Por último, las reglas de reconocimiento especifican las características que hacen válida una norma en un determinado sistema jurídico. Constituyen el conjunto de criterios para identificar qué normas pertenecen al sistema jurídico. Se trata de una práctica social desarrollada