

NÚMERO 41

2020

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 41

2020-I

Director: D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

Secretaria académica: Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM).

Secretaria económica: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho Constitucional - UAM)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. David Casassas Marqués (Filosofía del Derecho - Universitat Autònoma de Barcelona)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- D. Héctor Iglesias Sevillano (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM).
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo asesor:

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Elena García Guitián (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Cristina Izquierdo Sans (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson
ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:



Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. features the company name in a highly decorative, cursive script font.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
Índice n.º 41 (2020-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2020.41>

HOMENAJE PÓSTUMO

Diego Manuel LUZÓN PEÑA «Santiago Mir Puig, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo».....9

ARTÍCULOS

Daniel PERES DÍAZ «Derecho, validez y poder: una crítica de la teoría jurídica analítico-normativista»27

Almudena RAMOS MATEOS «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad».....53

Roberto CALLES BALLESTEROS «Implicaciones en el Derecho Internacional Privado del Reglamento sobre medidas contra el geobloqueo»69

Raquel BORGES BLÁZQUEZ «La orden de protección europea y su aplicación en España».....93

Guillermo DI MARCO SÁNCHEZ. «La democracia en el pensamiento de Antonio Gramsci».....129

ESTADÍSTICAS151

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES.....153

DERECHO, VALIDEZ Y PODER: UNA CRÍTICA DE LA TEORÍA JURÍDICA ANALÍTICO-NORMATIVISTA*

LAW, VALIDITY AND POWER: A CRITIQUE OF THE ANALYTICAL-NORMATIVIST THEORY OF LAW

DANIEL PERES DÍAZ**

Resumen: La teoría analítico-normativista del Derecho –la más extendida en el discurso académico en España y cuyo núcleo lo constituye el concepto de validez– excluye de su análisis la cuestión del poder; o, en el mejor de los casos, presenta un tratamiento deficitario e insuficiente. En esa línea, el objetivo del presente trabajo consiste en explorar, desde una perspectiva crítica, la relación entre los conceptos de Derecho, validez y poder. Así, a partir de las coordenadas filosóficas que ofrecen algunos autores –sobre todo Michel Foucault– es posible articular «otro» marco teórico que ponga de relieve los mecanismos de ocultación de la violencia insertos en el Derecho, de modo que este sea conceptualizado como un «dispositivo de poder».

Palabras clave: Derecho, poder, validez, Foucault, teoría analítico-normativista del Derecho.

Abstract: The analytical-normativist theory of Law –the most widespread in academic discourse in Spain and whose core is the concept of validity– excludes from its analysis the question of power; or, in the best case, it presents a deficit and insufficient treatment. In that line, the objective of this work is to explore, from a critical perspective, the relationship between the concepts of Law, validity and power. Thus, from the philosophical coordinates offered by some authors –especially Michel Foucault– it is possible to articulate «another» theoretical framework that highlights the mechanisms of concealment of violence inserted in the Law, so that it is conceptualized as a «power device».

Keywords: Law, power, validity, Foucault, analytical-normativist theory of law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA VISIÓN ANALÍTICO-NORMATIVISTA COMO DOCTRINA «ESTÁNDAR» DEL DERECHO EN ESPAÑA; III. DISCUSIONES EN TORNO A LA VALIDEZ Y RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA TEORÍA JURÍDICA ITALIANA DE CORTE ANALÍTICO; IV. IDEAS-FUERZA PARA OTRO MARCO TEÓRICO DEL DERE-

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2020.41.001>

Fecha de recepción: 27/01/2020

Fecha de aceptación: 28/02/2020

** Primer premio en la modalidad de Derecho público y filosofía jurídica del IX Premio Jóvenes Investigadores de la RJUAM. Becario de Iniciación a la Investigación en el Departamento de Filosofía del Derecho (Universidad de Granada). Esta investigación se enmarca en las Ayudas del Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Granada (2018-2019), bajo la dirección del profesor Daniel J. García López. Correo electrónico: danielperes20@gmail.com.

CHO: LA CUESTIÓN DEL PODER; V. SABER, PODER Y SUJETO: EL DERECHO COMO DISPOSITIVO; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, conviven en el panorama del pensamiento filosófico contemporáneo dos grandes tradiciones, a saber, la filosofía continental y la filosofía analítica¹. La primera de ellas es de corte metafísico, ancla sus raíces en todo el desarrollo de la historia de la filosofía hasta nuestros días y está preocupada por cuestiones ontológicas vinculadas al ser, la existencia, el sentido, la historia, la razón, la verdad o Dios. Desde Platón hasta Heidegger, pasando por Kant, Hegel, Nietzsche y otros muchos, dentro de la filosofía continental nos encontramos con corrientes como el idealismo alemán, la hermenéutica, el existencialismo, la teoría crítica frankfurtiana, el freudomarxismo, la fenomenología, el postestructuralismo, el pensamiento de la diferencia y otras tantas líneas de pensamiento caracterizadas por su densidad, enfoque histórico y metodología narrativa.

La segunda, que empezó siendo un *estilo* de hacer filosofía a principios del siglo XX, inspirada en la ciencia, la matemática y el empirismo inglés del siglo XVIII, acabó consagrándose como un análisis lógico-formal de las problemáticas vinculadas al uso del lenguaje: el significado, la referencia, la validez argumentativa, la intencionalidad causal o el conocimiento científico. Es aquí donde se enmarcan el positivismo lógico, la filosofía de la mente, la semántica del lenguaje, el pragmatismo, la filosofía de la ciencia o la ética utilitarista, así como grandes nombres: Frege, Carnap, Russell, Wittgenstein o Austin. Su implosión se produjo, sobre todo, aunque no exclusivamente, en los países anglosajones, de ahí su contraposición con lo «continental» (aunque importantes filósofos analíticos, como Wittgenstein o Kelsen, son originarios de Austria, por lo que la distinción no es del todo exacta geográficamente hablando).

En el marco de dicha dualidad, la teoría analítico-normativista del Derecho es la más extendida, si por «teoría analítico-normativista» entendemos un concepto no reduccionista que va más allá del análisis del lenguaje jurídico y de las estructuras lógico-formales de las normas. Se trata de una concepción normativista de corte positivista, cuyos principales instrumentos de análisis están fuertemente vinculados a nociones formalistas como la *validez*, la *estructura de la norma* o el *sistema jurídico*, por citar algunas, y donde autores como Kelsen, Hart o Habermas son los grandes conocidos. La pretensión última de la teoría analítica del Derecho, así descrita, es la justificación del Estado de Derecho, entendido este como aquella forma de organización político-jurídica que se caracteriza –muy escue-

¹ SÁEZ RUEDA, L., *El conflicto entre continentales y analíticos. Dos tradiciones filosóficas*, 1.ª ed., Barcelona (Crítica), 2002.

tamente— por el imperio de la ley, la separación de poderes y la garantía de un conjunto de derechos fundamentales².

La legitimación del Estado de Derecho, operada mediante la teoría analítica, presupone una comprensión de la forma-Estado en la que el concepto de *validez* es fundamental. Y es que el concepto de validez jurídica «es lo que permite canalizar las relaciones entre normas jurídicas, de manera que puedan componer un sistema caracterizado por la unidad, plenitud y coherencia. La cuestión debatida es, no obstante, qué debe entenderse por validez»³. Así, el debate sobre el poder, entendido como el factor decisivo en la producción de leyes y normas (profundizaremos sobre la distinción foucaultiana entre ley y norma más adelante), queda desplazado en favor de la problemática relativa a la coherencia entre las susodichas normas jurídicas. Y, en la teoría analítico-normativista, el poder que, en su caso, es estudiado remite a un concepto insuficiente, que requiere ser ampliado a partir de las reflexiones de Foucault.

II. LA VISIÓN ANALÍTICO-NORMATIVISTA COMO DOCTRINA «ESTÁNDAR» DEL DERECHO EN ESPAÑA

Un estudio de la estructura y contenido de los diferentes manuales de teoría del Derecho publicados en España demuestra que la teoría jurídica analítico-normativista es la más extendida, de manera tal que conforma una doctrina estándar o hegemónica. Ello se observa en la ausencia o tratamiento insuficiente de nociones como la de *poder*. Por ejemplo, en Robles⁴, desde una perspectiva comunicacional del Derecho, encontramos un bloque formado por lo que él denomina «Teoría formal del Derecho», el cual se orienta al análisis de toda una amalgama de diferentes conceptos clave —recogidos en diferentes epígrafes— como, por ejemplo, «normas jurídicas», «jerarquía de competencias y normas», «la acción en el Derecho», «validez de los actos y normas», «ámbito jurídico», «relaciones jurídicas», etc. El enfoque es eminentemente formalista y analítico, desprovisto de un análisis crítico en el sentido que luego veremos. En esta misma línea, otros autores⁵ sitúan el foco en la «norma jurídica» y el «sistema jurídico», de manera que el Derecho es concebido como un conjunto ordenado de normas relacionadas de manera estructural. Más aún, en Martínez Roldán y Fernández Suárez⁶ se dedica un capítulo a los «sistemas normativos», dos capítulos al «ordenamiento jurídico», otros dos más a la «teoría de la norma jurídica» y uno más a la

² PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, 1.ª ed., Madrid (Trotta), 2005, p. 39.

³ RUIZ RESA, J.D., *Teoría del Derecho*, 1.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 106.

⁴ ROBLES, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho. Volúmenes I y II*, 6.ª ed., Navarra (Aranzadi), 2015.

⁵ MORESO, J.J. y VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del derecho*, 1.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2004.

⁶ MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., *Curso de teoría del Derecho*, 8.ª ed., Barcelona (Ariel), 2012.

«validez jurídica» (solamente el primer capítulo del libro está dedicado al «Derecho y la organización social», y ni siquiera estudia el tema del poder).

En sus dos volúmenes de *Filosofía del Derecho*, López Calera⁷ examina la cuestión del poder muy sucintamente en un subepígrafe dentro de un apartado que lleva por título «Derecho, Sociedad y Estado». Sorprendentemente, se asume por parte del autor la tesis de que el Derecho es un efecto o producto del poder y, sin embargo, no se dedica más espacio a analizar la fisonomía misma del poder, esto es, cómo funciona, bajo qué mecanismos opera, qué formas puede adoptar o qué instituciones lo vehiculan. Lo que interesa aquí de la relación entre el Derecho y el poder –para el autor– es la limitación o justificación de este último que puede suscitarse por parte del primero.

Es algo bastante recurrente que los manuales de teoría del Derecho ubiquen la cuestión del poder, si es que la mencionan, dentro de un apartado dedicado a la relación entre Derecho y Sociedad. Así ocurre también, por ejemplo, en Prieto Sanchís⁸, que destina un apartado de tres páginas a hablar sobre la relación entre Derecho y poder dentro de un epígrafe titulado «Sociedad y Derecho». Se argumenta aquí en el mismo sentido que López Calera⁹, es decir, se entiende que el Derecho consiste en la justificación o limitación del poder. A la postre, se afirma que «si el Derecho se tiñe de fuerza en la medida en que se vincula al poder y a su forma política moderna, que es el Estado, este, a su vez, se juridifica y en esa medida hace más civilizado el uso de la fuerza»¹⁰. El error de este tipo de argumentación reside en su concepción del poder, toda vez que este es tematizado exclusivamente en términos estatales (obsérvese la vinculación entre poder legal y Estado) y nunca a nivel *microfísico*¹¹, el cual elude el marco del Estado de Derecho –que es el resultado de un poder organizado y sometido en torno a reglas jurídicas– y que presenta dimensiones de difícil control legal.

Por último, hay un grupo de autores que conceptualiza el poder como poder político. Así, por ejemplo, Atienza¹² entiende que el poder es esencialmente monopolio de la violencia legítima (recuperando de este modo la tesis de Max Weber), lo que en la práctica equivale a entender el poder «casi exclusivamente» como poder instituido. El autor admite, al igual

⁷ LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho. Volúmenes I y II*, 1.ª ed., Granada (Comares), 1997.

⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, cit.

⁹ LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, cit.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, cit., p. 40. Así también, en PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., y ASÍS, R. (coords.), *Curso de teoría del Derecho*, 2.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2000, p. 13, donde se afirma que «el poder sostiene con su fuerza al sistema jurídico encabezado por la Constitución, apoyando su eficacia, y, a su vez, el Derecho juridifica el poder».

¹¹ La «microfísica del poder» supone que el poder no puede ser concebido como una propiedad, sino como una estrategia, de suerte que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una apropiación, sino a disposiciones, maniobras, tácticas, técnicas y funcionamientos. Véase voz «dominación» en CASTRO, E., *Diccionario Foucault. Temas, conceptos y autores*, 3.ª ed., México (Siglo Veintiuno Ediciones), 2018.

¹² ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, 2.ª ed., Barcelona (Ariel), 2004, pp. 115 y ss.

que López Calera¹³, que el Derecho es producto del poder, pero al mismo tiempo afirma que el Derecho puede, en un giro recursivo, transformar el poder social en poder jurídico, de manera que este se vea limitado mediante estructuras, normas o procedimientos jurídicos. De nuevo, se observa una concepción del poder como poder legal. En ese mismo sentido, Escobar Roca¹⁴ distingue entre poder económico, poder político y poder ideológico, pero asumiendo una concepción *verticalizada* de estos, la misma que la expresada por Castro Cid¹⁵ en su Capítulo III titulado «Derecho, poder y Estado».

Hay algunas excepciones notables a lo antedicho. Por ejemplo, Pérez Luño¹⁶ hace un interesante y completo repaso del panorama actual de la teoría jurídica, incluidas las denominadas «teorías críticas del Derecho», en las que la clave poder está mucho más presente. También la reciente obra de Capella¹⁷, que en el Capítulo I de su obra incide en la «historicidad» del derecho y del poder político, negando con ello la validez del famoso aforismo latino *ubi societas, ibi ius*; asimismo, contiene otros apartados dedicados a la relación del Derecho con la ideología o la posición del Estado en la nueva distribución de poder derivada de los diferentes procesos de globalización.

Al margen de los capítulos de estos manuales que expresamente abordan el concepto de poder, lo cierto es que en otros capítulos, generalmente dedicados a las «funciones» del Derecho o cuestiones similares, se afirma que este juega un papel esencial en la regulación de la vida social. A simple vista, parece evidente que el Derecho es o constituye un orden social, o, mejor dicho, un instrumento de control de las conductas en el marco de la convivencia social. El caso es que la doctrina clásica acepta que el Derecho presenta una innegable dimensión de control social siendo sus funciones, al menos, las cinco siguientes: a) dirección de la conducta; b) resolución de conflictos; c) configuración de las condiciones de vida; d) organización del poder social; e) legitimación del poder social¹⁸. Se afirma, asimismo, que el Derecho «es un orden social [que] pretende transmitir la idea de que la existencia, el contenido y la estructura del Derecho dependen de la conducta de la gente. O, dicho de otra forma, el Derecho, el orden jurídico, no es otra cosa que el uso que la gente hace del mismo; es decir, es una práctica social»¹⁹.

¹³ LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho*, cit.

¹⁴ ESCOBAR ROCA, G., *El Derecho, entre el Poder y la Justicia*, 1.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 24 y ss.

¹⁵ CASTRO CID, B., *Manual de Teoría del Derecho (Unidades Didácticas)*, 2.ª ed., Madrid (Editorial Universitas, S.A.), 2007.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 5.ª ed., Madrid (Editorial Tébar), 2007. Así como su ya clásico PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del Derecho*, 17.ª ed., Madrid (Editorial Tecnos), 2018.

¹⁷ CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, 5.ª ed. Madrid (Trotta), 2008.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, cit., p. 40.

¹⁹ AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona (Ariel), 2000, p. 187.

En consecuencia, la teoría analítico-normativista no niega necesariamente que el análisis del poder sea interesante cuando se aborda la reflexión teórica sobre el Derecho. Este extremo es irrelevante para el argumento central aquí defendido. El aporte novedoso de Foucault a este respecto radica en algo más, a saber, en la reformulación de los niveles, prácticas, técnicas y formas de ejercer dicho poder. Es decir, aunque la propia teoría analítico-normativista sea variada, no hay un análisis del poder que sobrepase el marco del poder legal o estatal, esto es, en ninguna de las obras citadas hay un análisis de la microfísica del poder, de los dispositivos de poder²⁰.

En todo caso, la propia terminología imperante «teoría del Derecho», frente a la clásica «filosofía del Derecho», es también una seña de identidad de una filosofía jurídica de corte analítico-normativista que tiene su plasmación incluso en textos legales, más allá de los manuales doctrinales. Así, por ejemplo, si acudimos –a pesar de que ya tiene varios años de antigüedad– al Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél, podremos comprobar que en su anexo se reproducen una serie de descriptores relacionados con las asignaturas de «teoría del Derecho» y «filosofía del Derecho», respectivamente:

«*Teoría del Derecho*. El Derecho como forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: La norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho.
Filosofía del Derecho. El fenómeno jurídico. Ontología y axiología jurídicas. Problemas filosóficos básicos del Derecho».

La *teoría del Derecho* se encarga de los conceptos²¹ y temas que, como ya hemos indicado, son expresivos de la filosofía analítica, mientras que la *filosofía del Derecho* tendría como misión el estudio de la ontología y axiología jurídicas, cuestiones más vinculadas a «lo continental». Llama especialmente la atención que, en los nuevos grados universitarios, la filosofía del Derecho haya desaparecido de muchos planes de estudio de diferentes universidades españolas (esta se estudiaba como regla general durante los últimos años de la licenciatura) en pos de una escueta teoría del Derecho que, en ocasiones, se combina con

²⁰ No se puede aquí hacer un repaso *in extenso* de las numerosísimas concepciones del poder. A este respecto, véase DYBERG, T.B., *The Circular Structure of Power*, 1.ª ed., Londres (Verso), 1997.

²¹ Para una introducción a los conceptos básicos del Derecho, véase GONZÁLEZ LAGIER, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, 1.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2015. Asimismo, véase CONTRERAS, F.J., *La Filosofía del Derecho en la Historia*, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 2016, donde se hace un repaso de los temas nucleares de la teoría del Derecho en perspectiva histórica.

alguna asignatura de «Argumentación Jurídica» –muy ilustrativa del enfoque analítico– o de «Derechos Humanos»²².

El concepto vertebrador de esta perspectiva teórica del Derecho es, sin lugar a dudas, el concepto de validez. Por ello, es importante, a continuación, detenerse muy brevemente –dada su extensión– a examinar dicha categoría.

III. DISCUSIONES EN TORNO A LA VALIDEZ Y RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA TEORÍA JURÍDICA ITALIANA DE CORTE ANALÍTICO

La validez es el punto de anclaje de la teoría analítico-normativista del Derecho y remite al parámetro que permite distinguir las normas que son Derecho de aquellas que no lo son. Una norma es válida si ha sido promulgada de acuerdo con el procedimiento previamente establecido por otra norma de rango superior, de modo tal que existe una norma última a la cual se subordina el resto del ordenamiento. Con ello, pues, se hace referencia a la fundamentación del sistema normativo. En palabras de Kelsen:

«La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción²³».

Pero esto –continúa Kelsen– no significa que la ciencia del Derecho esté afirmando la validez de la norma fundamental. En efecto, solamente se limita a declarar que, si suponemos que esta es válida, entonces el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas. De este modo, la validez engarza con el principio de jerarquía normativa, por lo demás un principio básico del constitucionalismo moderno.

Así, el criterio de validez –la norma fundamental– es él mismo ajeno al mundo de lo jurídico, pues no puede predicarse de él su validez o invalidez. En consecuencia, no hay forma de escapar al problema de la fundamentación, salvo remitiendo a una respuesta autorreferencial. Es el conocido *trilema de Münchhausen*, que remite a la imposibilidad de justificar cualquier proposición, de manera que, en última instancia, nos veríamos atrapados

²² Así ocurre en el caso de la Universidad de Granada, donde el Departamento de Filosofía del Derecho no imparte ninguna asignatura denominada «Filosofía del Derecho»; a ello, hay que añadir que la asignatura «Derechos humanos, igualdad y sistemas de protección» es de docencia compartida con el Departamento de Derecho Constitucional. El plan de estudios del Grado de Derecho de la Universidad de Granada está disponible en: <http://grados.ugr.es/derecho/pages/infoacademica/estudios> [consultado el 22 de septiembre de 2019].

²³ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve), 4.ª ed., Buenos Aires (Eudeba), 2009, p. 113.

en un triple callejón sin salida: i) regreso al infinito; ii) argumentación circular; iii) aceptar un postulado fundamental arbitrariamente.

Del mismo modo que ocurre en Kelsen, otros autores como Hart reflexionan sobre la fundamentación del sistema normativo, pretendiendo su resolución a partir de la conocida *regla de reconocimiento*. La regla de reconocimiento es un criterio metajurídico que permite identificar el Derecho válido («es válido el Derecho que emane de la Constitución y de las normas dictadas respetando sus criterios», por ejemplo); y ello gracias a una práctica social, a un proceso en el que los jueces, los tribunales y los abogados reconocen que ese es el Derecho válido. Así, «decir que una norma es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema»²⁴. En consecuencia, la regla de reconocimiento no puede ser calificada como válida o inválida, pues ella misma constituye la regla última –metajurídica– que proporciona el criterio mismo de validez.

La *regla de reconocimiento* ha sido y es objeto de un intenso debate entre los teóricos del Derecho. Lamentablemente, no podemos entrar a analizar aquí, por razones de brevedad, toda su magnitud²⁵; no obstante, es posible establecer una objeción contundente a la misma. Y es que la existencia de jueces solo es posible si previamente existe una regla de reconocimiento (¿cómo identificar el Derecho válido, si no?), pero, a su vez, el contenido de la regla de reconocimiento se determina gracias y a partir de una práctica judicial existente de carácter previo. Este problema de circularidad nos retrotrae de nuevo al *trilema de Münchhausen* y a la dificultad de fundamentar el sistema jurídico²⁶.

En cualquier caso, lo que interesa de la teoría analítico-normativista del Derecho no es tanto su nutrida y prolífica discusión interna –en torno a la validez y problemáticas anejas– como su impacto en la teoría del Derecho hegemónica en España. A este respecto, cabe señalar que la incursión de la filosofía jurídica analítica en España se produce por dos frentes. Y es menester detenerse en este punto, porque es a partir de aquí cuando se crean las influencias doctrinales que terminan cristalizando en los manuales teóricos ya comentados.

²⁴ HART, H., *El concepto de Derecho* (trad. Gerano Carrió), 3.ª ed., Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2011, p. 127.

²⁵ Para una mayor profundidad de análisis en torno a la regla de reconocimiento, véase ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., «La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 29-53.

²⁶ ¿Cómo introducir el Derecho antes del Derecho? Esa es la cuestión que, en definitiva, se deriva de la circularidad. Sobre este aspecto, Habermas procede a una fundamentación discursiva de la «práctica dadora de la Constitución». El principio discursivo sostiene que una norma es válida si y solo si todos los afectados por dicha norma tienen el mismo derecho a participar en la deliberación pública concerniente a su aprobación y pueden, en consecuencia, prestar su consentimiento racional (principio democrático). Véase HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5.ª ed., Madrid (Trotta), 2008.

En primer lugar, durante las décadas de 1940 y 1950, el «gran jurista teórico» del régimen franquista, Luis Legaz Lacambra²⁷, ya publicaba artículos en clave de lógica jurídica con el fin de legitimar el orden político-jurídico de la dictadura. El objetivo principal de Legaz Lacambra radicaba en remodelar la idea de Estado de Derecho para ajustarla a las estructuras del régimen franquista²⁸; en tal sentido, se aprovechaba de la tesis del Estado de Derecho formulada por Kelsen.

Si bien el propio Legaz Lacambra entiende que el Estado de Derecho no puede reducirse a un simple concepto formal, alejándose en cierto sentido de los principios kelsenianos, lo cierto es que afirma que tales principios no han sido ajenos a «quienes formamos nuestro intelecto de juristas en contacto con la doctrina de Kelsen, y cabe imaginar que la influencia, aún lejana, de su enseñanza, no ha sido del todo extraña a estos nuevos esfuerzos para reinstaurar en España el Estado de Derecho»²⁹. En ese sentido, la penetración de las ideas de Kelsen en la teoría jurídica española es clara y empieza a consolidarse ya desde los inicios de la segunda mitad del S. XX. En esta recepción de Kelsen, la preocupación esencial no es el estudio del poder en el sentido en que veremos luego incide la obra de Foucault, sino la validez, entendida como criterio de corrección de las normas jurídicas.

Por otra parte, sin pretender la legitimación del régimen franquista, autores como Capella³⁰ introducen por esta época el análisis lógico-formal y semántico del Derecho, que es concebido esencialmente como un lenguaje. Se afirma que las proposiciones normativas no pueden ser, en ningún caso, verdaderas o falsas, sino, a lo sumo, válidas o inválidas. Se trata, por ende, de una segunda línea de incursión de la validez como categoría principal del análisis teórico del Derecho.

En ambos frentes, la influencia en España de la teoría del Derecho italiana es bastante fuerte. Así, ya durante el franquismo, esta penetraría en España por medio de las obras de Giorgio del Vecchio³¹ y Norberto Bobbio³². La influencia de Bobbio en España se inicia en 1950, año en que publica «Scienza del diritto e analisi del linguaggio»³³, y llega al menos hasta finales de la década de los 90; el hecho de combinar científicidad y análisis del lenguaje muestra su deuda con los inicios de la filosofía analítica y el proyecto encarnado por

²⁷ LEGAZ LACAMBRA, L., «El estado de derecho», *Revista de administración pública*, núm. 6, 1951, pp. 13-34.

²⁸ FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., *El Leviathan franquista. Notas sobre la teoría del Estado bajo la Dictadura*, 1.ª ed., Granada (Comares), 2017, p. 11.

²⁹ LEGAZ LACAMBRA, L., «La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española», *Revista de estudios políticos*, núm. 96, 1957, p. 40.

³⁰ CAPELLA, J.R., *El derecho como lenguaje*, 1.ª ed., Barcelona (Ariel), 1968.

³¹ VECCHIO, G., «Filosofía del Derecho en Compendio» (trad. Joaquín Ruiz-Giménez), *Revista Universidad Pontificia Bolivariana* 26, núm. 92, 1963, pp. 82-103.

³² BOBBIO, N., *Teoría general del derecho* (trad. E. Roza Acuña), 1.ª ed., Madrid (Debate), 1991.

³³ BOBBIO, N., «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. IV, núm. 2, 1950, pp. 342-367.

Wittgenstein, Carnap, Russell, etc. En el libro *Curso de teoría del Derecho*³⁴, Peces-Barba llega incluso a dedicar la obra a Bobbio (y a Elías Díaz), «maestro académico y de vida», según sus palabras. Detalle este que pone de relieve los fuertes lazos entre los teóricos españoles e italianos del Derecho, sobre la base de la centralidad del concepto de validez y a partir de la influencia incontestable de Kelsen.

Para Bobbio, el «positivismo jurídico»³⁵ (él no se define a sí mismo como «analítico», aunque su enfoque es claramente analítico-normativista) supone una determinada teoría e ideología del Derecho. Esta aproximación que él defiende tiene como consecuencia más relevante una manera concreta que nos permite entender cuándo estamos en presencia de un Derecho válido; en otros términos, repercute en el problema de la validez del Derecho, del que venimos hablando desde varios renglones atrás³⁶. De este modo, el positivismo italiano incorpora un proyecto formalista fundamentado en un concepto fuertemente analítico de «norma» y cuyo impacto en España es más que notable. Por ejemplo, López Hernández define la norma como el «signo o enunciado que prescribe una conducta a seguir en determinados casos o informa sobre circunstancias relacionadas con otras conductas prescritas, emitido por una autoridad y dirigido a los que están sujetos a dicha autoridad»³⁷.

De esta forma, el carácter normativo de un enunciado no depende de su contenido, sino del sujeto que lo emite y sus destinatarios. Nuestra tesis es diametralmente opuesta: hay normas más allá de aquellas producidas por sujetos institucionalizados y dotados de soberanía, porque el poder jurídico no es reductible al dimanante del sujeto soberano. Realizada esta aproximación a la teoría analítico-normativista del Derecho, es posible avanzar las líneas maestras de una concepción alternativa, menos centrada en los aspectos formales, y más enfocada en el análisis del poder y las relaciones de este con las normas y dispositivos legales y extralegales.

IV. IDEAS-FUERZA PARA OTRO MARCO TEÓRICO DEL DERECHO: LA CUESTIÓN DEL PODER

Las líneas de fuerza que permiten articular otro modo diferente de entender la teoría del Derecho han de partir inevitablemente de la crítica al formalismo y al concepto de validez que ya hemos expuesto:

³⁴ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., y ASÍS, R. (coords.), *Curso de teoría del Derecho*, 2.ª ed., cit.

³⁵ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico* (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi), 1.ª ed., Madrid (Debate), 1993.

³⁶ Véase BARRÈRE UNZUETA, M.A., *La escuela de Bobbio: reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, 1.ª ed., Madrid (Tecnos), 1990. En esta obra, encontramos una excelente síntesis de esa filosofía jurídica italiana de inspiración analítica desarrollada por Bobbio («la escuela de Bobbio») y recepcionada en España por algunos de los Manuales de teoría del Derecho citados.

³⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, 1.ª ed., Madrid (Tecnos), 2012, p. 121.

«La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídicas se afirma en la constitución en teoría de un modo de pensamiento específico totalmente eximido del pensamiento social; y la tentativa de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” no es sino el límite ultraconsecuente del esfuerzo de todo el cuerpo de juristas para construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de sujeciones y presiones sociales y que encuentra en sí mismo su propio fundamento³⁸».

El hecho de querer sustraer a la teoría del Derecho de sus condicionantes sociales, tal y como describe Bourdieu, responde a un intento de neutralizar un discurso político bajo una apariencia de «lenguaje científico». Una perspectiva no formalista, sensible a la dimensión social del Derecho, es útil en la medida en que conecta con una concepción que supera el paradigma del poder jurificado del Estado de Derecho, que es el que se presupone, en términos epistemológicos, en la filosofía jurídica analítica.

Desde la sociología se ha hecho un diagnóstico que incide en la vulnerabilidad, riesgo y precariedad existentes en las sociedades capitalistas avanzadas, impugnando en cierto sentido el proyecto de la modernidad ilustrada³⁹. Conceptos como *modernidad líquida*⁴⁰ o *sociedad del riesgo*⁴¹ son expresivos de esa crisis civilizatoria en la que el Derecho se configura como una herramienta de control social y transmisión de las cadenas de poder, esto es, como un instrumento al servicio de un orden económico y político determinado.

En este orden de ideas, el realismo jurídico escandinavo, recepcionado en España por Liborio Hierro⁴², afirma que la aceptación de las reglas jurídicas obligatorias o vinculantes se debe a un proceso de condicionamiento psíquico colectivo, de modo que «frente a la idea tradicional de que los sistemas jurídicos tienen “validez”, el realismo estudiará los sistemas jurídicos como sistemas efectivos de control social y organización de la fuerza»⁴³. De ahí es posible conectar con ciertos trazos de la filosofía de Michel Foucault; en concreto,

³⁸ BOURDIEU, P., *Poder, derecho y clases sociales* (intr. y trad. Andrés García Inda), 2.ª ed., Bilbao (Desclée de Brouwer), 2001, pp. 165-166.

³⁹ La crítica sociológico-filosófica más rigurosa y conocida del proyecto ilustrado se realizó, en el marco de la Escuela de Frankfurt, por HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.W., *Dialéctica de la Ilustración* (trad. Juan José Sánchez), 3.ª ed., Madrid (Trotta), 1998. En esta línea, podría plantearse, desde la teoría crítica frankfurtiana, que el Derecho entendido en términos formalistas y analíticos es una expresión más de esa razón científico-técnica ilustrada.

⁴⁰ BAUMAN, Z., *Modernidad líquida* (trad. Mirta Rosenberg), 1.ª ed., Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica), 2003.

⁴¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.ª Rosa Borrás), 1.ª ed., Barcelona (Editorial Paidós), 2002.

⁴² HIERRO, L.L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2.ª ed., Madrid (Iustel Publicaciones), 2008.

⁴³ URBINA TORTELLA, S., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, p. 105. Para una aproximación al realismo jurídico escandinavo, véase OLIVECRONA, K., *El Derecho como Hecho* (trad. L. López Guerra), 1.ª ed., Barcelona (Labor), 1980. El autor, desde la perspectiva psicológica propia de la Escuela escandinava, viene a decir que el lenguaje formal del Derecho constituye un instrumento

argumentando que habitan en el Derecho ciertas formas de violencia y de control social ocultadas bajo reglas –jurídicas, pero también extralegales– formalmente justificadas y validadas, aspecto ya planteado en la crítica de la violencia que esboza Walter Benjamin⁴⁴.

La deconstrucción genealógica de los procesos de violencia que conforman los dispositivos de poder, entre ellos, el Derecho, es una de las cuestiones que ha sido abordada específicamente por Foucault. Ya en sus inicios filosóficos (1960-1970), marcados por la idea de los «régimenes de conocimiento» o *epistemes*⁴⁵, Foucault emprende la tarea de rastrear los condicionantes culturales y sociales que hacen posible el conocimiento, imprimiendo un giro al paradigma epistemológico kantiano –donde el sujeto trascendental aparece como eje principal– para dar paso a una concepción histórica y fáctica del mismo; es en este momento en que se consolida la *arqueología del saber*, la cual «pretende descubrir cuáles son las condiciones efectivas en que surgen las distintas *formaciones discursivas*»⁴⁶. Entre esas estructuras también está el Derecho. Lo que nos obligaría a teorizar sobre la relación existente entre la formación de saberes o discursos, de un lado, y el establecimiento de normas jurídicas de carácter coactivo, del otro. Ello nos conduce inexorablemente a plantear la triple relación entre poder, derecho y verdad. Y es que, como acertadamente ha indicado el profesor Sauquillo, Foucault resume –en *Defender la sociedad (1975-1976)*⁴⁷– su tarea filosófica como un análisis del triángulo poder, derecho y verdad. Así, para Foucault:

«El carácter prioritario del poder en la circulación de las relaciones de dominación no obvia la existencia del derecho y los discursos de verdad. El derecho es un epifenómeno de las relaciones de poder [...] estas relaciones de poder requieren la producción de saberes dominantes que justifican actuaciones políticas, clasifican conductas y penalizan comportamientos. Para Foucault, el discurso de los derechos y los sujetos de derecho se fundamentan en la legitimidad y la soberanía⁴⁸».

Es decir, frente a la imagen del poder como aquel que reside en las voluntades individuales y que luego se cede a la autoridad del Estado –«monarquía jurídica»– (el discurso de la soberanía), Foucault ofrece claves para pensar que hay más poder que el del Estado y que aquel no es una creación originaria de los ciudadanos (el discurso de la analítica del poder). Significa entonces que el análisis teórico del Derecho no puede prescindir de la clave *poder*,

de control social que crea un marco de condicionamiento en virtud del cual los ciudadanos están dispuestos a obedecer, por medio de la compulsión, las normas emanadas de la autoridad (lo debido).

⁴⁴ BENJAMIN, W., *Para una crítica de la violencia y otros ensayos* (trad. Roberto J. Blatt Weinstein), 3.^a ed., Madrid (Taurus), 2001.

⁴⁵ Época en la que Foucault publica *El nacimiento de la clínica* (1963), *Las palabras y las cosas* (1966) o *La arqueología del saber* (1969), entre otras obras (se citan las fechas de publicación originales).

⁴⁶ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, 1.^a ed., Madrid (Alianza editorial), 2017, p. 35.

⁴⁷ FOUCAULT, M., *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)* (trad. Horacio Pons), 2.^a ed., México (Fondo de Cultura Económica), 2001.

⁴⁸ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., p. 308.

por lo que, de suyo, tampoco puede hacerlo respecto de las verdades o discursos verdaderos cuya función es la legitimación de las prácticas de poder, del gobierno en un sentido amplio.

Así las cosas, el paso lógico es el que va desde una *arqueología del saber* a un estudio *genealógico del poder*⁴⁹; en esta ocasión se trata de analizar las prácticas sociales para, de este modo, revelar o «desenmascarar» el modo en que funcionan los dispositivos de poder⁵⁰. Y es que el poder no es meramente un poder instituido (Administración, Policía, Justicia, etc.), sino, sobre todo, una relación que se articula desde los distintos saberes (relación de saber-poder). La «invención» de la clínica, la escuela o las prisiones, por citar algunos de los ejemplos estudiados por Foucault, ponen de relieve que el poder se ejerce y distribuye no solo desde instituciones claramente político-jurídicas, sino también desde instituciones/prácticas sociales aparentemente neutras que, en el fondo, generan un lenguaje o discurso, esto es, un saber desde el que emerge y se delimita qué ha de entenderse por verdad y qué realidades han de ser reputadas como «sujetos» (subjetividad). La naturaleza del poder se desvela, así, como algo más productivo que represivo (biopoder)⁵¹. Se puede teorizar, entonces, que el Derecho es un dispositivo de poder, definido por Foucault⁵² como:

«Un conjunto decididamente heterogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales filantrópicas. En resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no-dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos».

Por tanto, si el Derecho es un dispositivo de poder, abarca más cosas que lo estrictamente jurídico. Así, resulta iluminadora la distinción entre *norma* –el producto del poder en general– y *ley* –el producto del poder jurídico–, siendo así que la primera penetra en la segunda mediante esos discursos, técnicas y saberes. El examen de esos

⁴⁹ Esta segunda etapa es consecuencia lógica de la primera, en la medida en que tanto la *arqueología del saber* como la *genealogía del poder* dan lugar a una «morfología del saber» que explica los tipos históricos de racionalidad y dominación. Así, el pensamiento de Foucault tuvo como meta última la elaboración de una «ontología del presente», esto es, de un «análisis de los límites históricos de la racionalidad, establecidos por ciertas prácticas –cárcel, escuela, fábrica, psiquiátrico...– y rebasamiento de tales límites por los individuos» SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., p. 50.

⁵⁰ Las dos publicaciones más importantes de esta «etapa genealógica» son, sin lugar a dudas, *Vigilar y castigar* (1975) y el primer volumen de *Historia de la sexualidad* (1976), que lleva por título «La voluntad de saber». Se citan aquí las fechas de publicación (véase la nota acerca de la edición en el apartado bibliográfico).

⁵¹ El «biopoder» ha de situarse en el nivel de los mecanismos, de las técnicas y de las tecnologías del poder, mientras que por «biopolítica» hay que entender la manera en que, a partir del siglo XVIII, se busca racionalizar los problemas planteados a la práctica gubernamental por los fenómenos propios de un conjunto de vivientes en cuanto población: salud, higiene, natalidad, longevidad, raza. Véanse voz «biopoder» y voz «biopolítica» en CASTRO, E., *Diccionario Foucault. Temas, conceptos y autores*, cit.

⁵² FOUCAULT, M., «El juego de Michel Foucault», en *Saber y verdad* (trad. Julia Valera y Fernando Álvarez Uría), 2.ª ed., Madrid (La Piqueta), 1991, p. 127.

elementos extrajurídicos exige una *analítica del poder*, esto es, un análisis estratégico del poder y un estudio de los mecanismos productivos del sujeto moderno⁵³. En última instancia, la teoría del Derecho, más allá de la validez de sus normas, tiene que estudiar los mecanismos de dominación que, subrepticamente, se esconden en el lenguaje y las formas jurídicas.

V. SABER, PODER Y SUJETO: EL DERECHO COMO DISPOSITIVO

En el análisis de los diferentes manuales españoles de teoría del Derecho se ha visto cómo el poder es concebido en términos de poder constituido, de forma tal que el Derecho –que es un producto del poder– puede, según esta perspectiva, funcionar como elemento de control «juridificando» aquel poder. Pues bien, en este apartado se pretende analizar la cuestión del poder en el Derecho desde una perspectiva biopolítica; en otras palabras, se estudia el poder partiendo de la tesis foucaultiana en virtud de la cual este se distribuye mediante prácticas discursivas y no discursivas, constituyendo un «dispositivo» y no materializándose, por tanto, en las típicas y clásicas instituciones políticas del Estado liberal de Derecho.

A la vista de lo anterior, es necesario detenerse en dos cuestiones. En primer lugar, la capacidad del poder para crear *modos de subjetivación*, es decir, formas en que el sujeto aparece como objeto de una determinada relación de conocimiento; ello implica el tránsito desde una concepción represiva del poder hacia una concepción productiva del mismo (el poder «crea» o «produce» sujetos). Y, en segundo lugar, la problemática del Derecho penal moderno y la construcción de sociedades punitivas/disciplinarias, por ser esta rama del Derecho especialmente ilustrativa a los efectos de nuestra argumentación.

Se ha defendido que la teoría analítica del Derecho presuponía o asumía una teoría del Estado constitucional en virtud de la cual el poder constituyente era visto únicamente como la fuerza social creadora de la Constitución, de modo que este poder debía desaparecer una vez que, por referéndum democrático, el *demos* hubiera ratificado mayoritariamente dicha Constitución. La tesis es que, en el Estado de Derecho, los actos han de circunscribirse necesariamente a unas normas previas, por lo que –según esta perspectiva– es posible el control del ejercicio del poder por parte del *soberano*, toda vez que este soberano, que es el sujeto productor de leyes, está subordinado a las mismas reglas de juego que los destinatarios de las mismas.

De la siguiente forma ha sido expresado por algunos autores⁵⁴: «[f]rente a otros tipos de dominación (...) la dominación legal se ejerce según unas reglas previas, las normas jurídicas, y presenta la característica singular de que el que ordena o decide está obediendo normas jurídicas». Por consiguiente, la aceptación de la ley supone la aceptación

⁵³ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., p. 526.

⁵⁴ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, 2.^a ed., Madrid (Tecnos), 2000, p. 62.

de las actuaciones de quienes ejercen el poder según la ley. El argumento que apoya esta idea es viable si se entiende el poder como aquel que emana del sujeto soberano, es decir, como poder juridificado, institucionalizado. Pero ya hemos visto cómo el concepto de poder engloba más aspectos, a veces difusos, y que Foucault⁵⁵ sintetiza y expresa en los siguientes términos:

«Me parece que por poder hay que entender, en primer lugar: la multiplicidad de relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los corrimientos, las contradicciones que aíslan a unas de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales. La condición de posibilidad del poder, en todo caso el punto que vista que permite volver inteligible su ejercicio (...), no debe ser buscado en la existencia primera de un punto central, en un foco único de soberanía del cual irradiarían formas derivadas y descendientes; son los pedestales móviles de las relaciones de fuerza los que sin cesar inducen, por desigualdad, estados de poder».

Se pasa de un «poder centralizado» en el sujeto soberano, que obra en virtud de una territorialización jurídica, a un poder deslocalizado y diseminado a través de prácticas sociales cotidianas. Especialmente relevante es el final del texto citado. Y es que la teoría analítica del Derecho no entra a discutir nociones elementales como la de *soberanía*, porque presupone una comprensión del Estado según la cual esa cuestión está ya resuelta. Así, Foucault critica el modelo jurídico, basado en la soberanía, suscribiendo un modelo relacional de poder donde la ley no es su manifestación principal y donde el sujeto es una fabricación de esas relaciones de poder (que lo «sujetan»)⁵⁶.

De este modo, ha de afirmarse que el producto principal en que se manifiesta el poder es la *norma*. Y ello porque, frente a la tesis de que la ley es expresión del poder del pueblo soberano (mediado por sus instituciones jurídicas), se asume aquí una visión más amplia según la cual dicho poder se entrelaza con determinados saberes produciendo *modos de subjetivación*, o, en otros términos, la relación de poder-saber permite crear sujetos *ex novo*, hacerlos visibles y que estos se identifiquen como tales; por ello, el poder es productivo (norma) y no únicamente represivo (ley). La intrínseca ligazón entre poder y saber expresa

⁵⁵ FOUCAULT, M., «El juego de Michel Foucault», cit., pp. 112-113.

⁵⁶ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., pp. 500 y ss.

la idea según la cual ningún poder se ejerce sin la extracción, la apropiación, la distribución o la retención de un saber⁵⁷.

Hecha la observación anterior, el Derecho no debe ser considerado como una esencia susceptible de ser teorizada; el Derecho instrumentaliza el poder para convertirlo en «orden»⁵⁸, constituyéndose en una técnica de objetivación de determinadas relaciones de fuerza cuya función principal consiste en dar estabilidad o fijeza⁵⁹. A tal fin, el Derecho se vale de discursos de verdad que permiten construir un modelo de racionalidad que normaliza ciertas formas de subjetividad, de forma que «el juicio se funda en una historia de veridicción, en un régimen de producción de verdad con sus correspondientes figuras de saber-poder, lo que podríamos llamar una *episteme* jurídica»⁶⁰. La traslación de esa *episteme* al conjunto de prácticas discursivas y no discursivas, a la arquitectura misma del modo en que se ejerce el poder y su urdimbre de relaciones, es lo que vendría a significar el *dispositivo*. La interrelación entre poder y saber es mutua y configura el núcleo del propio dispositivo. Así, los discursos de verdad en el campo institucional forman parte del control social y la constitución de individuos⁶¹.

En este marco, la subjetivación es el modo en que se llega a una subjetividad concreta que resulta de la vida capturada por la variedad de tecnologías puestas en juego por los dispositivos de poder⁶². ¿Cómo se produce esa subjetivación? Pues bien, la creación de sujetos con identidades definidas por la norma —el homosexual, el loco, el delincuente, la persona de bien, el enfermo, el sano— parte de una doble estrategia en la que el dispositivo da primero una característica con el objetivo de, después, fijar la identidad concreta⁶³.

En esa estrategia de diferenciación, no importa tanto la violencia explícita como el control subrepticio; es más relevante el «infra-Derecho» (conjunto de estándares que establecen las guías para la conducta, la acción o el castigo) que el Derecho (la ley visible). Piénsese, a modo de ejemplo, en el dictamen pericial médico: el juez decide imponer una medida de internamiento (poder) a partir del informe de una prueba pericial psiquiátrica (saber) para, con ello, producir un modo de subjetivación (el loco o interno). Así, «a efectos

⁵⁷ FOUCAULT, M., *Historia política de la verdad. Una genealogía de la moral (Brevarios de los Cursos de Collège de France)* (trad. Jorge Álvarez Yagüez y Ángel Gabilondo Pujol), 1.ª ed., Madrid (Biblioteca Nueva), 2016.

⁵⁸ AGUILERA PORTALES, R.E. y GONZÁLEZ CRUZ, J., «Derecho, Verdad y Poder en la teoría político-jurídica de Michel Foucault», *A Parte Rei. Revista de Filosofía*, vol. 74, 2011, p. 6.

⁵⁹ MÁRQUEZ ESTRADA, J., «Derecho, Poder y Verdad. Una mirada desde la obra de Foucault», *Conceptos. Revista de Filosofía*, vol. 3, núm. 4, 2013, p. 106.

⁶⁰ MEDICI, A., «Aportes de Foucault a la crítica jurídica. Derecho, normalización, interpretación», *Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 1, 2009, p. 183.

⁶¹ AGUILERA PORTALES, R.E., «Biopolítica, poder y sujeto en Michel Foucault», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, p. 35.

⁶² DÍAZ LETELIER, G., «El dispositivo gubernamental, su totalización moderna y el afuera de los paganos», *Resonancias*, vol. 1, 2015, pp. 39-63.

⁶³ MIELES, E., «El concepto de derecho. Foucault, la ley y la crítica del paradigma liberal», *Revista Iusta*, vol. 2, núm.4, 2005, p. 116.

prácticos, las anormalidades han servido para expandir el poder psiquiátrico por el cuerpo social»⁶⁴. El propio Foucault explora en *Los anormales*⁶⁵, mediante ejemplos de pericias psiquiátricas y otras fuentes, cómo el control de los monstruos, los incorregibles o los onanistas (las tres clases de anormales según él), a través de técnicas de disciplina corporal, fortalecen el rol de la psiquiatría a la hora de establecer criterios de normalización de las relaciones de deseo; y ello, precisamente, gracias a su intervención en el marco del proceso judicial. El Derecho, de esta forma, aparece como el espacio «idóneo» para pensar la intersección entre poder, verdad y modos de subjetivación, habida cuenta de su configuración como dispositivo de poder.

Así las cosas, si el Derecho es un dispositivo de poder, significa entonces que todo el aparato judicial, legislativo y administrativo del Estado tiene como función el control de la población, apoyándose para ello en un *corpus* de verdades y técnicas de carácter «científico» en la que los sujetos son objetivizados. La biopolítica, como concepto, apunta precisamente a eso, a la idea según la cual existen estrategias colectivas de control de la población mediante el empleo de distintas tecnologías ajenas o externas a los circuitos del aparato público del Gobierno⁶⁶.

Frente al análisis que hacíamos al inicio, cabe preguntarse ahora: ¿qué aporta, entonces, el pensamiento de Foucault? Lo realmente novedoso que se vislumbra en el pensamiento foucaultiano es dejar a un lado las categorías de alienación, dominación o represión del Derecho –por lo demás, conceptos transversales de la crítica marxista al Estado de Derecho– y ensayar una forma de análisis del poder que nos llevará a considerar la centralidad de la noción de gobierno⁶⁷. La noción de gobierno, o gubernamentalidad, hace referencia en ese sentido a la sociedad disciplinaria. A diferencia de la biopolítica, la disciplina tiene por objeto el cuerpo individual, no el colectivo poblacional, empleando mecanismos de adiestramiento de los cuerpos con el fin de que estos sean dóciles y económicamente viables⁶⁸.

En esa dirección, es obligado hablar del Derecho penal moderno, la prisión y los mecanismos disciplinarios desplegados por el poder entendido como gobierno o formas de gubernamentalidad. Según la doctrina más aceptada en el ámbito penal⁶⁹, el Derecho punitivo tiene una doble función de prevención y protección, cuya razón de ser anida en la preservación de los bienes jurídicos esenciales para la comunidad y el individuo (vida,

⁶⁴ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., p. 284.

⁶⁵ FOUCAULT, M., *Los Anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)* (trad. Horacio Pons), 1.ª ed., Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica), 2007.

⁶⁶ ROMERO, G., «Biopolítica y biopoder. Una evaluación de ambos conceptos en la obra de Michel Foucault», *Foro Interno*, núm. 13, 2013, p. 110.

⁶⁷ CASTRO, E., «La verdad del poder y el poder de la verdad en los cursos de Michel Foucault», *Tópicos*, vol. 31, 2016, pp. 42-61.

⁶⁸ Consúltese voz «Biopolítica» y voz «Disciplina» en CASTRO, E., *Diccionario Foucault. Temas, conceptos y autores*, cit.

⁶⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, Madrid (Dykinson), 2016.

integridad física, libertad, honor, etc.). Así, citando las tesis del que posiblemente sea el penalista vivo más influyente, Claus Roxin, afirma el profesor Morillas Cueva⁷⁰ que la pena está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos, y no sean adecuadas para impedirlo medidas jurídicas y político-sociales menos gravosas (principio de intervención mínima del Derecho penal). Engancha esto con Beccaria, quien en el Capítulo II de su célebre tratado sobre los delitos y las penas⁷¹, ya enfatizaba —en pleno siglo XVIII— la necesidad de defender el conjunto de la salud pública frente a las usurpaciones particulares, de manera que tanto más justas serían las penas cuanto más sagrada e inviolable fuese la seguridad y la libertad que el soberano conservara a sus súbditos. Es esta la línea teórica que inicia la perspectiva preventiva y no retribucionista del Derecho penal moderno.

En tal caso, el Derecho penal, cuya existencia —se afirma— es inevitable, tiene que articularse desde un sistema de garantías legales y procesales⁷², a fin de evitar desvíos de poder, abusos e ilegalidades que terminen por socavar la propia legitimidad del sistema punitivo. Si se asume la tesis del Estado de Derecho en virtud de la cual el poder es controlado jurídicamente, entonces resulta coherente sostener que el Derecho penal, como máxima expresión del *ius puniendi* del Estado, ha de ser sometido a un sistema garantista o hipergarantista que limite dicho poder.

Frente a esta visión, Foucault recoge la idea del panóptico como arquitectura institucional y mecanismo de control, dominación y disciplinamiento, de suerte que los sistemas penales no solo sirven para proteger bienes jurídicos, sino para disciplinar los cuerpos. En el caso de la prisión, no se trata únicamente de un espacio de encarcelamiento de delincuentes o criminales; Foucault otorga valor económico propio a la prisión, concretamente el valor de eliminar de la escena social a la población que no acepta trabajar por salarios paupérrimos⁷³. En última instancia, los delincuentes son utilizados al servicio de un mecanismo de control social:

«Los delincuentes tienen además otra excelente función en el mecanismo de poder: la clase en el poder se sirve de la amenaza de la criminalidad como una coartada

⁷⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, cit., pp. 87 y ss.

⁷¹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio de las Casas), 1.ª ed., Madrid (Alianza), 2004.

⁷² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10.ª ed., Madrid (Trotta), 2011.

⁷³ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., p. 255. Los propios datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en sus informes sobre condenados, revela que casi un 40% de los penados lo son por delitos contra el patrimonio, a los que habría que añadir un 21% de condenados por delitos vinculados al tráfico de drogas. Una radiografía del sistema penitenciario revela que el origen socioeconómico y la marginación social son determinantes para que el sujeto cometa el delito, de suerte que la cárcel es, en gran medida, una bolsa de pobreza que expulsa de la comunidad a la población que no produce ni es útil para el mantenimiento del sistema económico. Véase el informe del INE, disponible en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735573206 [consultado el 22 de septiembre de 2019].

continua para endurecer el control de la sociedad. La delincuencia da miedo, y ese miedo se cultiva. No por nada en cada momento de crisis social y económica se presencia un “recrudescimiento de la criminalidad” y el consiguiente llamado a un gobierno policial. Por el orden público, se dice; en realidad, para poner freno sobre todo a la ilegalidad popular y obrera. En suma, la criminalidad funciona como una suerte de nacionalismo interno. Así como el temor al enemigo hace “amar” al ejército, el miedo a los delincuentes hace “amar” el poder policial⁷⁴».

Según se ha citado, la criminalidad nutre unos mecanismos de gobierno ya instalados en la sociedad, manteniendo un cierto orden de cosas. Foucault considera que el sistema penal y penitenciario esconde una justificación moral del derecho a castigar, por lo que no hay que ver en la reducción de penas o en la búsqueda del castigo más benigno una intención «reformadora» (así llama Foucault a Beccaria, Rousseau, Bentham, etc.), sino una legitimación de ese poder de castigo. Esta nueva forma de penalidad, cuya génesis se ubica en el siglo XIX, está más preocupada por lo que el sujeto puede llegar a hacer –peligrosidad– que por los delitos que pueda cometer; la institución penal se interesa menos por la protección de la sociedad que por la disciplina psicológica y moral de los individuos «criminales»⁷⁵.

En línea con ello, Foucault⁷⁶ señala que la justicia penal moderna se carga de elementos extrajurídicos precisamente para evitar que el castigo sea un mero castigo legal. La *norma* penetra en la *ley* mediante esos discursos científicos, técnicas y saberes en los que se apoya el juez para dictaminar sentencia. El examen de esos elementos extrajurídicos exige una *analítica del poder*, que no es sino un análisis estratégico del mismo y un estudio de los mecanismos productivos del sujeto moderno. Para ello, hemos de tener presente que las ciencias humanas –medicina, psiquiatría, criminología, psicología– son esenciales para entender el modo en que el poder se introduce en la cárcel, pero también en el hospital, el psiquiátrico o la escuela⁷⁷.

Sea como fuere, a efectos de este trabajo, lo que interesa es mostrar cómo el poder, ya en su dimensión microfísica y operando a nivel de los cuerpos individuales, se inserta de lleno en el Derecho y, en concreto, en los mecanismos punitivos y disciplinarios de este, de forma tal que nuestra hipótesis de que el Derecho es un dispositivo de poder sea confirmada. No se está aquí afirmando simplemente que no hay norma sin sanción. El dispositivo de poder foucaultiano no es solo represivo, sino también, y sobre todo, productivo, esto es, produce sujetos, acomoda los cuerpos individuales –anatomopolítica– y las poblaciones –biopolítica– a la norma (plano microfísico), que no debe ser confundida con la ley (plano positivo).

⁷⁴ FOUCAULT, M., *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida* (trad. Horacio Pons), ed. 2012, Buenos Aires (Siglo XXI), 1994, p. 201.

⁷⁵ CARRILLO DE LA ROSA, Y., *Tres ensayos sobre la relación entre el derecho y el poder político*, Cartagena (Universidad Libre), 2009.

⁷⁶ FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, 1.ª ed., Paris (Gallimard), 1975.

⁷⁷ SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, cit., p. 526.

En aras de reformular la teoría del Derecho hegemónica, puede resultar interesante rescatar la concepción defendida por Sousa Santos⁷⁸, e introducir en los programas de estudio temas vinculados a los, a su juicio, cuatro modos de producción del poder que se articulan de maneras específicas en las sociedades capitalistas actuales: el espacio doméstico cuyo mecanismo de poder es el patriarcado; el de la producción cuyo mecanismo de poder es la explotación; el de la ciudadanía cuyo mecanismo de poder es la dominación; y el mundial cuyo mecanismo de poder son los intercambios desiguales. Ello a la vista de las herramientas conceptuales de Foucault, para enriquecer la teoría del Derecho enseñada en nuestros días.

VI. CONCLUSIONES

Se ha querido poner de relieve cómo la teoría analítico-normativista del Derecho, mayoritaria en los manuales españoles de teoría jurídica, es insuficiente para describir en términos adecuados la relación entre poder y Derecho. El énfasis en la noción de validez y la precomprensión del poder como poder instituido en el marco del Estado de Derecho dejan un vacío de estudio que aquí se ha pretendido completar con la inclusión, entre otras cosas, de la categoría de *dispositivo de poder*.

Así, frente a la imagen del poder como aquel que reside en las voluntades individuales y que luego se cede a la autoridad del Estado —«monarquía jurídica»—, Foucault —y otros autores, no tratados pormenorizadamente por falta de espacio— ofrece claves suficientes para pensar que hay más poder que el del Estado y que aquel no es una creación originaria de los ciudadanos, de modo que puede hablarse con propiedad de un biopoder, como aquel disperso y entrelazado en las instituciones sociales extrajurídicas. El examen de esos elementos extrajurídicos exige una *analítica del poder*, es decir, un estudio de los mecanismos productivos del sujeto moderno, más allá del estudio del poder como poder juridificado por el Derecho, lo que obliga a conectar el poder con la verdad, los discursos y las técnicas.

El Derecho, entendido como dispositivo de poder, no es únicamente represivo, sino también productivo. Bajo esta perspectiva, la distinción entre ley (poder organizado en el Estado) y norma (poder que deriva de las prácticas sociales y del resto de relaciones de poder-saber) constituye un elemento más que interesante para el análisis teórico del Derecho, pues permite bucear en las relaciones materiales de construcción de lo social y del individuo, más allá de la investigación formal de las relaciones entre normas jurídicas.

Si lo anterior es cierto, significa entonces que un estudio en profundidad del Derecho no puede prescindir de herramientas metodológicas y conceptuales de carácter histórico, sociológico, político, epistemológico u ontológico, de manera que urge superar la concepción formalista de la norma y del Derecho. A tal fin, Foucault y otros filósofos y teóricos olvidados pueden ser recuperados en la enseñanza y estudio del Derecho, en aras de forta-

⁷⁸ SOUSA SANTOS, B., *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá (Siglo del Hombre Editores), 1998.

lecer el espíritu crítico de una disciplina tan importante como esta, ya sea desde un punto de vista teórico, ya fuere desde uno práctico. Y es que la naturaleza pluridimensional del Derecho hace imprescindible un enfoque integral y sistemático de lo jurídico en conexión con otros fenómenos de la vida social, lo que desde luego solo se consigue mediante el auxilio y acompañamiento de otras disciplinas y ramas del pensamiento. La complejidad del propio Derecho sitúa a la filosofía jurídica en un espacio fronterizo, abierto e interconectado. En ese afán de mejorar y contribuir al desarrollo de un pensamiento crítico, realista y contextualizado acerca del Derecho, este trabajo pretende ser una aportación modesta y, al mismo tiempo, abierta a ser revisada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, R.E., «Biopolítica, poder y sujeto en Michel Foucault», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, pp. 27-42.
- AGUILERA PORTALES, R.E. y GONZÁLEZ CRUZ, J., «Derecho, Verdad y Poder en la teoría político-jurídica de Michel Foucault», *A Parte Rei. Revista de Filosofía*, vol. 74, 2011, pp. 1-12.
- AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 1.^a ed., Barcelona (Ariel), 2000.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., «La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 29-53.
- ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, 2.^a ed., Barcelona (Ariel), 2004.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A., *La escuela de Bobbio: reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, 1.^a ed., Madrid (Tecnos), 1990.
- BAUMAN, Z., *Modernidad líquida* (trad. Mirta Rosenberg), 1.^a ed., Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica), 2003.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (trad. Juan Antonio de las Casas), 1.^a ed., Madrid (Alianza), 2004.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás), 1.^a ed., Barcelona (Editorial Paidós), 2002.
- BENJAMIN, W., *Para una crítica de la violencia y otros ensayos* (trad. Roberto J. Blatt Weinstein), 3.^a ed., Madrid (Taurus), 2001.
- BOBBIO, N., «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. IV, núm. 2, 1950, pp. 342-367.

- BOBBIO, N., *Teoría general del derecho* (trad. E. Rozo Acuña), 1.^a ed., Madrid (Debate), 1991.
- BOBBIO, N., *El positivismo jurídico* (trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi), 1.^a ed., Madrid (Debate), 1993.
- BOURDIEU, P., *Poder, derecho y clases sociales* (intr. y trad. Andrés García Inda), 2.^a ed., Bilbao (Desclée de Brouwer), 2001.
- CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, 2.^a ed., Madrid (Tecnos), 2000.
- CAPELLA, J.R., *El derecho como lenguaje*, 1.^a ed., Barcelona (Ariel), 1968.
- CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, 5.^a ed. Madrid (Trotta), 2008.
- CARRILLO DE LA ROSA, Y., *Tres ensayos sobre la relación entre el derecho y el poder político*, Cartagena (Universidad Libre), 2009.
- CASTRO, E., «La verdad del poder y el poder de la verdad en los cursos de Michel Foucault», *Tópicos*, vol. 31, 2016, pp. 42-61.
- CASTRO, E., *Diccionario Foucault. Temas, conceptos y autores*, 3.^a ed., México (Siglo Veintiuno Ediciones), 2018.
- CASTRO CID, B., *Manual de Teoría del Derecho (Unidades Didácticas)*, 2.^a ed., Madrid (Editorial Universitas, S.A.), 2007.
- CONTRERAS, F.J., *La Filosofía del Derecho en la Historia*, 2.^a ed., Madrid (Tecnos), 2016.
- DÍAZ LETELIER, G., «El dispositivo gubernamental, su totalización moderna y el afuera de los paganos», *Resonancias*, vol. 1, 2015, pp. 39-63.
- DYBERG, T.B., *The Circular Structure of Power*, 1.^a ed., Londres (Verso), 1997.
- ESCOBAR ROCA, G., *El Derecho, entre el Poder y la Justicia*, 1.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., *El Leviathan franquista. Notas sobre la teoría del Estado bajo la Dictadura*, 1.^a ed., Granada (Comares), 2017.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 10.^a ed., Madrid (Trotta), 2011.
- FOUCAULT, M., *Naissance de la clinique: une archéologie du regard medical*, 1.^a ed., Paris (Presses universitaires de France), 1963.

- FOUCAULT, M., *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, 1.^a ed., Paris (Gallimard), 1966.
- FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, 1.^a ed., Paris (Gallimard), 1969.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, 1.^a ed., Paris (Gallimard), 1975.
- FOUCAULT, M. «El juego de Michel Foucault», en *Saber y verdad* (trad. Julia Valera y Fernando Álvarez Uría), 2.^a ed., Madrid (La Piqueta), 1991.
- FOUCAULT, M., *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida* (trad. Horacio Pons), ed. 2012, Buenos Aires (Siglo XXI), 1994.
- FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber* (trad. Julia Valera y Fernando Álvarez Uría), 1.^a ed., Madrid (Siglo XXI), 1998.
- FOUCAULT, M., *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)* (trad. Horacio Pons), 2.^a ed., México (Fondo de Cultura Económica), 2001.
- FOUCAULT, M., *Los Anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)* (trad. Horacio Pons), 1.^a ed., Buenos Aires (Fondo de Cultura Económica), 2007.
- FOUCAULT, M., *Historia política de la verdad. Una genealogía de la moral (Brevarios de los Cursos de Collège de France)* (trad. Jorge Álvarez Yagüez y Ángel Gabilondo Pujol), 1.^a ed., Madrid (Biblioteca Nueva), 2016.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, 1.^a ed., Madrid (Marcial Pons), 2015.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5.^a ed., Madrid (Trotta), 2008.
- HART, H., *El concepto de Derecho* (trad. Gerano Carrió), 3.^a ed., Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2011.
- HIERRO, L.L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2.^a ed., Madrid (Iustel Publicaciones), 2008.
- HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.W., *Dialéctica de la Ilustración* (trad. Juan José Sánchez), 3.^a ed., Madrid (Trotta), 1998.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Seguridad y justicia», disponible en línea <http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735573206> [consultado el 22 de septiembre de 2019].
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (trad. Moisés Nilve), 4.^a ed., Buenos Aires (Eudeba), 2009.

- LEGAZ LACAMBRA, L., «El estado de derecho», *Revista de administración pública*, núm. 6, 1951, pp. 13-34.
- LEGAZ LACAMBRA, L., «La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española», *Revista de estudios políticos*, núm. 96, 1957, pp. 29-40.
- LÓPEZ CALERA, N.M., *Filosofía del Derecho. Volúmenes I y II*, 1.ª ed., Granada (Comares), 1997.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, 1.ª ed., Madrid (Tecnos), 2012.
- MÁRQUEZ ESTRADA, J., «Derecho, Poder y Verdad. Una mirada desde la obra de Foucault», *Conceptos. Revista de Filosofía*, vol. 3, núm. 4, 2013, pp. 102-123.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., 8.ª ed., *Curso de teoría del Derecho*, Barcelona (Ariel), 2012.
- MEDICI, A., «Aportes de Foucault a la crítica jurídica. Derecho, normalización, interpretación», *Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 1, 2009, pp. 181-193.
- MIELES, E., «El concepto de derecho. Foucault, la ley y la crítica del paradigma liberal», *Revista Iusta*, vol. 2, núm. 4, 2005, pp. 114-119.
- MORESO, J.J. y VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del derecho*, 1.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2004.
- MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte General: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley penal*, Madrid (Dykinson), 2016.
- OLIVECRONA, K., *El Derecho como Hecho* (trad. L. López Guerra), 1.ª ed., Barcelona (Labor), 1980.
- PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y ASÍS, R. (coords.), 2.ª ed., *Curso de teoría del Derecho*, Madrid (Marcial Pons), 2000.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 5.ª ed., Madrid (Editorial Tébar), 2007.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del Derecho*, 17.ª ed., Madrid (Editorial Tecnos), 2018.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, 1.ª ed., Madrid (Trotta), 2005.
- ROBLES, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho. Volúmenes I y II*, 6.ª ed., Navarra (Aranzadi), 2015.
- ROMERO, G., «Biopolítica y biopoder. Una evaluación de ambos conceptos en la obra de Michel Foucault», *Foro Interno*, núm. 13, 2013, pp. 107-128.

- RUIZ RESA, J.D., *Teoría del Derecho*, 1.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- SÁEZ RUEDA, L., *El conflicto entre continentales y analíticos. Dos tradiciones filosóficas*, 1.^a ed., Barcelona (Crítica), 2002.
- SAUQUILLO, J., *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*, 1.^a ed., Madrid (Alianza), 2017.
- SOUSA SANTOS, B., *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá (Siglo del Hombre Editores), 1998.
- URBINA TORTELLA, S., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 1.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.
- VECCHIO, G., «Filosofía del Derecho en Compendio» (trad. Joaquín Ruiz-Giménez), *Revista Universidad Pontificia Bolivariana* 26, núm. 92, 1963, pp. 82-103.