

AC 09 75

Hola, buenas noches, bienvenidos al tiempo del curso de acceso directo, el CAT. De lunes a viernes y hasta las once de la noche, el curso de acceso espera compartir este tiempo de radio dedicado a todos aquellos que tengan que superar el acceso a nuestra universidad, así como para todos los interesados en la cultura y la extensión universitaria. Esta noche en nuestro programa Nociones Jurídicas Básicas nos acompaña el profesor Gaspar Escalona, con él hablaremos de qué funciones desempeña el derecho.

Esta noche en nuestro programa de Nociones Jurídicas Básicas nos acompaña el profesor Gaspar Escalona, muy buenas noches. Muy buenas noches. Vamos a hablar de las funciones que desempeña el derecho.

¿Para qué sirve el derecho? ¿Qué funciones desempeña en la convivencia social? Sí, este es el tema que nos va a ocupar esta noche y lo primero que debo recordar es que ya hemos visto seis capítulos antes que este, nos quedarían todavía tres por ver y a ustedes por estudiar. Aquí en la radio solamente vamos a poder hablar de este tema y de otro más, de tal forma que la pregunta que se ha formulado es ¿qué funciones desempeña el derecho? Curiosamente, aunque está aquí situado, ubicado en el capítulo séptimo, sin embargo, desde el punto de vista del conocimiento, quizá es lo primero que nos podemos preguntar ante una realidad es precisamente esto, ¿para qué sirve? Hasta ahora yo quisiera recordarles que ustedes, como debo suponer que ya han estudiado los seis primeros capítulos, que ustedes han visto ya qué es el derecho, cómo se puede describir esta realidad, de dónde procede, cómo se manifiesta, cómo se aplica en la práctica y también qué ramas o en qué aspectos o en qué disciplinas se divide el derecho. Pero como les decía hace un momento, queda una pregunta absolutamente clara, muy obvia y muy primera en el punto de vista del conocimiento y es ¿para qué sirve esa realidad a la que llamamos derecho? Precisamente a eso, a intentar responder de una manera sumaria, como es lógico en una disciplina de este tipo, es a lo que van dirigidos las páginas que siguen.

Esto es la materia propia de este capítulo séptimo. Y dando una idea muy global desde el principio, habría que decir que básicamente nos vamos a centrar sólo en cuatro funciones que desempeña el derecho y que estas son la primera, solucionar los conflictos que surgen entre los miembros de un grupo dentro del propio seno social. Parece ser que para eso está el derecho y también los profesionales del derecho.

En segundo lugar, el derecho no está sólo para imponer un orden, sino que ese orden se quiere que sea justo, que esas soluciones que se den sean correctas, sean adecuadas, estén todas ellas transidas de los parámetros de la justicia. Precisamente por eso, una de las funciones del derecho es no sólo dar una regulación, sino que esta regulación sea justa. Y finalmente veremos dos funciones más, establecer el marco jurídico, establecer el esquema conforme al que debe desarrollarse las relaciones entre los particulares y también el esquema en que tiene que desarrollarse el propio poder.

Estas serán las dos últimas funciones que estudiaremos esta noche. Bien, comenzando con la primera, solucionar los conflictos entre los miembros del grupo. Pero las polémicas dentro de los grupos son casi inevitables.

¿Cómo el derecho soluciona estos problemas dentro del grupo? Sí, realmente el derecho, como hemos apuntado antes, es ciertamente orden. Quizá ustedes recuerden que en algún otro momento hemos dicho que el derecho es orden, pero no sólo porque ordene, sino porque el propio derecho está estructurado en su forma como mandatos, como enunciados que realmente obligan a los destinatarios, sino que el derecho es también orden porque impone un orden. Esto es porque realmente prevé un esquema conforme al que se deben solucionar todos los conflictos que surjan.

Y es que, como apuntaba usted hace un momento, en la convivencia humana, en la convivencia social, precisamente teniendo en cuenta tal como es el hombre, con muchas virtudes, pero también cargado de defectos como la codicia, el odio y el egoísmo, entre otros, surgen conflictos. Quizá con mucha frecuencia alguien quiere imponerse exactamente sobre los demás. Precisamente, y esto es un dato previo, elemental, en la propia vida social, que las relaciones humanas no siempre son pacíficas, ni mucho menos, sino que hay una cierta dosis de agresividad y de conflicto.

Pues bien, el derecho está para intentar solucionar esos problemas que surgen, de hecho es así, en la propia realidad social. Desde el punto de vista histórico ha existido algunas, y desde luego también son imaginables, algunas otras posibles respuestas que no sean exactamente las del derecho. Desde luego, esto sería cuando los que tienen un conflicto pretenden solucionarlo entre ellos.

Pero claro, esto también a su vez podría revestir dos modalidades. Una, con un recurso de la fuerza, bastante previsible en muchos casos, y otro a través de una componenda entre los dos. Lo cierto es que precisamente se dice siempre que el derecho ha surgido para evitar el que cada cual se tome la justicia por su mano, o haga valer o prevalecer sus derechos, o lo que él entiende que son sus derechos, sobre los demás, incluso aplicando la fuerza.

Por eso precisamente parece muy oportuno que se acuda a una instancia imparcial. A esto históricamente se le ha denominado el arbitraje, someter las disputas, las diferencias que surjan, a un tercero, a alguien que se supone que es imparcial, para que él dé una solución. De hecho, este es un gran paso adelante en la historia de tomarse la justicia por su mano, donde entonces sabemos que lo que va a prevalecer es simplemente la razón de la fuerza, entonces el que tenga más fuerza se va a imponer a otro, a que se vaya a que empiecen a cambiar las cosas y realmente se pueda empezar a hablar de la fuerza de la razón.

Pero estos árbitros que históricamente han existido, lo que hacen es simplemente realizar juicios de conciencia. Estas son las soluciones que consideran ellos más adecuadas, pero en ningún caso hacen lo que se hace hoy con el derecho, y es que se aplican normas preestablecidas. En nuestro sistema jurídico es evidente que está este segundo mecanismo, es

el único que se puede poner en marcha, el de aplicar las normas jurídicas.

Hay algunos artículos del Código Civil, como el 1820 o el 402, que realmente prescriben exactamente estas situaciones. Hay también una diferencia muy grande entre el sistema de arbitraje, el someter las disputas al veredicto de un tercero y el que lo hagan los jueces, entonces a través del derecho. Y es que el someterse a la solución que dé un árbitro, eso es algo voluntario en nuestros días.

Y sin embargo, someterse a lo que digan el derecho, a la solución de conflictos prevista a través de los jueces, evidentemente esto es directamente obligatorio. Esta es una tarea realmente fundamental, pero en este aspecto también cumple algunas otras funciones el propio derecho. Por lo tanto, el arbitraje es una forma primitiva, vamos a decir, ya se ha quedado obsoleta, aunque todavía se utiliza, todavía se oye en los medios de comunicación, en determinadas disputas, por ejemplo, en el ámbito laboral o tal, van a nombrar un árbitro, todavía existen de alguna manera.

Sí, ciertamente el arbitraje existe todavía, y no solamente en las situaciones que usted planteaba, sino también en otras. Desde un punto de vista voluntario, nuestras normas jurídicas prevén que realmente determinado tipo de contiendas, en las que afecten solo a dos personas, y luego no tenga ningún elemento público, se pueda acudir a la solución que dé un tercero, un amigable componedor o un juez. Sin embargo, esto es realmente minoritario, y en nuestros días, cuando se acude a un árbitro, la solución que él dé tiene también fuerza de derecho, o sea que hoy, cuando existe, es también revestido con la forma del derecho.

Un aspecto importante sobre este punto es el que hoy y en nuestros días, no solamente existen estas formas de arbitraje, sino que además la propia existencia del derecho de las normas sirve para algo muy importante, no solo para solucionar los conflictos que de hecho se plantean, sino también porque establece pautas para el futuro. Entonces, cuando hay normas, se supone que van a surgir menos conflictos, porque muchas de ellas son perfectísimamente claras, y entonces el derecho sirve no para tener ahí un depósito de normas que van a aplicar los jueces, sino también para que las conozcan todos, y por lo tanto, acomoden a lo que dicen esas normas su conducta, de tal forma que el derecho, podemos decirlo así, se adelanta al prescribir determinadas conductas, y al imponer a uno derechos, o al otorgar a uno derechos y al imponer a otro obligaciones, a determinar cómo deben ser las relaciones sociales, y por lo tanto, evita también conflictos. Esta es una función muy importante, no solo soluciona los conflictos planteados, sino que también, por la mera existencia de sus normas, de lo que dice en el derecho, evita a que se puedan producir conflictos en el futuro.

En definitiva, el derecho cumple una función muy importante de seguridad jurídica, de saber a qué atenerse de antemano. El segundo punto, la segunda función que desempeña el derecho, es la de dotar de valores a las relaciones sociales. Nos ha dicho que la solución de los conflictos por el derecho debe ser ordenada, y también debe ser justa.

Esto casi parece obvio, pero no lo es siempre, ¿no? El derecho debe ser justo. Sí, realmente aquí

se produce una especie de superposición lógica de determinadas cosas. Todo derecho ordena la vida social desde el momento que impone unas normas, de tal forma que impone orden.

Pero no solamente queremos que haya un orden, sino que realmente este orden sea justo. En el material que pueden estudiar, ustedes verán que realmente existen algunos ejemplos, creo que, sumamente claros. Por ejemplo, si fuera preferido en la herencia de unos padres, uno de los hijos, simplemente porque fuera más alto, a todos nos parecería realmente injusto.

Si las leyes lo ordenaran así, evidentemente esto sería claro. Estaría ordenado, pero de una manera que no nos iba a convencer. O que realmente, por alguna otra circunstancia, ciertamente sin ninguna trascendencia, a alguien que se le pidiera mayores tasas académicas, pues tampoco nos parecería nada justo.

De tal forma que el derecho no solo debe imponer un orden, sino que este orden no puede ser cualquiera. Tiene que ser de una determinada forma. Tiene que ser, en definitiva, una ordenación a la que se le llame y que sea justa.

Y que realmente, para que el derecho pueda ordenar de una manera justa la sociedad, él mismo tiene que ser justo. Esto es, las normas tienen que ser justas. Sobre este punto, se han producido, a lo largo de la historia, algunas posturas que quizá podemos calificar de bastante radicales.

Por ejemplo, hay una frase muy célebre de San Agustín, que dice que no hay ley que no sea justa. Y, claro, esto parece que es algo realmente exagerado. De aquí han surgido distintas opiniones, e incluso, casi podríamos decir, se ha pretendido llevar a la práctica lo que encierra esta frase.

Como, por ejemplo, el denominado derecho de resistencia. Derecho de resistencia al poder injusto. Y a la ley que sea injusta.

Y esto, además, se presta, obviamente, a ser interpretado con un amplísimo margen de subjetividad. Ni que decir tiene que en los escolásticos, incluso en los escolásticos españoles, surgió la doctrina del denominado tiranicidio. Esto es de eliminar físicamente al tirano.

Esto es aquel que hace leyes injustas. Desde luego, en nuestros días no se acepta esto sin matices, tal como parece que se aceptaba en otros momentos, porque esa tesis hoy parece que es, francamente, insostenible. No se podría decir hoy que no hay ley que no sea justa.

Es más, parece que lo correcto sería decir lo contrario. Que toda ley humana, toda ley positiva, toda ley que dan los gobiernos, incluso los democráticamente constituidos, es, al menos, parcialmente injusta. Y para esto se dan distintos razonamientos.

Porque la ley que hacen los hombres, como ley humana, como derivada del hombre, es injusta, precisamente por su origen. El hombre no es perfecto. Lo que haga tampoco va a ser íntegramente perfecto.

Y, en segundo lugar, porque dejar al arbitrio de los ciudadanos el que juzguen, quizá a veces por una cosa anímica, y califiquen de radicalmente injusto al propio poder establecido, esto parece que tendría unas consecuencias sociales nefastas. Dejar a la subjetividad de cada cual, del destinatario de las normas, el negarse a cumplirlas simplemente diciendo que eso no es justo, o que no es íntegramente justo. De tal forma que hoy se debe decir que toda ley que esté promulgada conforme a las formalidades preestablecidas, por ejemplo, una ley del Parlamento, que ha tenido la mayoría suficiente, y después que haya sido promulgada por quien tiene potestad para ello, evidentemente debemos decir que eso será más o menos justo, pero que en todo caso es ley, que en todo caso es derecho.

Por supuesto que esos valores que deben transcribir las normas no son sólo el valor de la justicia, sino que también hay otros valores, como, por ejemplo, el denominado valor de la igualdad. Y, finalmente, hay un apunte que realmente quiero resaltar aquí, y es el de la moralidad que debe tener el derecho. Precisamente de lo que se habla con esto es de que el derecho debe recoger esos postulados de moralidad que están en la sociedad, ya que los legisladores no pueden imponer lo que les parezca, sino que tienen que escuchar, de alguna forma, cuál es esa moral social, y, desde luego, acomodar las leyes a lo que diga esta moral.

Por supuesto, la sociedad cambia, y también las leyes deben cambiar, y deben, de alguna forma, acomodarse a lo que la sociedad considera que es justo o más adecuado para regular la vida de convivencia entre todos. Sí, porque quizás este valor de la moralidad sea más subjetivo. A veces la sociedad va más rápido que el derecho.

Sí, sin duda alguna. Por supuesto que, dentro de esta misma lección, y un poco más adelante, haremos alusión a ver si el derecho va por delante de la sociedad o va por detrás. O no tanto a ver cómo va, porque a veces va detrás, y otras veces es un poco una punta de lanza para abrir caminos en otra dirección.

Quizás más bien qué es lo mejor que debiera ser, si de una forma o de otra. Quizás el otro punto, modelar la estructura y la dinámica del grupo. Es decir, la sociedad sobre la que se proyecta el derecho cambia, que es un poco lo que estábamos hablando, por lo que el derecho se tiene que acomodar a estas evoluciones sociales.

Tiene que modificar sus normas a veces, ¿no? Sí, sin duda. En todo este planteamiento hay una cuestión, desde luego ya perfectísimamente estudiada desde el punto de vista de la sociología del derecho, y también desde la teoría del derecho, respecto a las influencias mutuas que hay entre el derecho y la sociedad. Evidentemente, cuando se cambia una norma jurídica, en la medida en que la gente se acomode a su conducta a lo que dice, en la medida en que la gente le haga caso, tiene que cambiar la sociedad, porque realmente las pautas marcadas por el derecho se imponen como obligatorias a todos.

Si todos hacen lo que dice el derecho, evidentemente, y antes no estaba regulado así, es evidente que cambia la sociedad. Pero también es cierto lo contrario, que si cambian los comportamientos de la gente, si cambia la mentalidad social, también tendrá que cambiar el

derecho. Su pena de quedarse radicalmente obsoleto, fuera de lugar, y desde luego, entonces, con sus preceptos, estaría regulando una sociedad que, por ejemplo, ya no existe.

La sociedad ya es de otra forma. Desde esta perspectiva es de donde se dice que el derecho modela la estructura y la dinámica del grupo. Porque la vida de los hombres y la propia vida social es algo que es fundamentalmente dinámica.

Esto es, que tiene una fuerza de futuro, una fuerza creadora y que nunca está cerrada en sí misma, sino que es histórica. Va acomodándose a distintas situaciones que suceden a lo largo del tiempo. En nuestros días, este proceso de cambio parece incluso bastante más acelerado que en otros momentos, porque hay realmente nuevas ideas y también nuevas técnicas, quizá haya que decir tecnologías, que realmente influyen en cantidad de aspectos.

Por ejemplo, y es solo a título de ejemplo, hay hoy situaciones que no se habían producido en otros momentos, y desde luego la posibilidad de la comisión de determinado tipo de delitos a través de medios informáticos, por ejemplo, creo que esto está en la mente de todos. De tal forma que lo que quizá deba hacer el derecho es acompasar su marcha al compás de la sociedad. En definitiva, no sería correcto que intentara regular incluso quizá perfectísimamente, pero eso sí, una realidad social que no existe.

Una sociedad que desde luego, si existió, hoy no está. Tendrá, por lo tanto, que acomodarse a las evoluciones que tiene la sociedad. Y desde esta perspectiva normalmente se suele hacer una pregunta, si es bueno que el derecho cambie tanto y con tanta rapidez como lo hace el grupo social.

Este es un tema yo creo que muy bonito desde el punto de vista de la sociología jurídica, pero la respuesta que necesariamente aquí debe ser breve, para responder a ello intentaré recordar una frase que ustedes la podrán leer, es la de Carl Smith, que dice cuando hablaba él de una legislación motorizada y ortopédica. Al decir motorizada quería decir que se legisla mucho y muy deprisa. Y al decir ortopédica quería decir que normalmente a viejas leyes se le ponían parches.

Y esto realmente genera no pocos problemas. Algunos de ellos, como por ejemplo el que sea una pieza nueva que entonces al estar dentro de todo un engranaje antiguo realmente no encaje bien. Y al respecto fundamentalmente creo que lo que hay que decir es que obviamente es mucho más frecuente el cambio en las normas de menor rango que en las de rango mayor.

La Constitución obviamente en principio dura más tiempo, los grandes códigos también duran más tiempo. Sin embargo, los decretos o una orden ministerial que se regula, por ejemplo, el precio de la gasolina puede cambiar con relativa frecuencia sin que pase nada. De tal forma que aquí sobre todo lo que nos surge es el problema que habíamos planteado antes.

Desde luego aquí solamente se puede plantear y es esta, si el derecho va o debe ir al remolque de la sociedad, esto sería una especie de imagen peyorativa del derecho, o si el derecho debe ir

por delante. Esto es tener un protagonismo e intentar abrir camino. Hay que decir que el derecho unas veces va más de una forma y otras veces va más de otra.

Que si entráramos a hablar de este tema con profundidad pues veríamos que cualquiera de las dos soluciones nos parece un poco rara, un poco extraña. Piensa usted, por ejemplo, solo en una cosa. Esto de que el derecho vaya por delante.

Es que entonces estaría, de alguna forma, moralizando al grupo, dándole valores. ¿Que se los saca quién? Los que han hecho las normas. Pero no necesariamente la sociedad.

Bueno, es solo un apunte. Fundamentalmente lo que quiero decir es que el derecho cuando va por delante lo hace además normalmente de dos formas. A veces con disposiciones que incentiven determinadas conductas que parecen profundamente favorables para la propia sociedad.

Y en otros momentos como por ejemplo medidas que incentiven el ahorro. Por ejemplo, determinados beneficios fiscales para el ahorro. Cuando se supone que para la marcha de la economía es bueno frenar un poco determinados aspectos.

O en otras ocasiones esto es mucho más evidente, cuando se endurecen las penas para los que cometan determinado tipo de delitos. A través de esta forma se procura hacer una cosa u otra. En definitiva quisiera retomar esa figura que hemos puesto antes.

Y es de las mutuas influencias entre el derecho y la sociedad. Podríamos quizá representarlo gráficamente que del derecho hay una flecha que hace que influya en la sociedad. Pero es que de la sociedad va otra flecha también hacia el derecho.

Las relaciones posiblemente son circulares. Esta relación siempre se autoalimenta de sí misma. Lo más difícil quizá sería que fueran lo más a la par posible.

Pero esto es complicado. La cuarta función que desempeña el derecho es la de crear un marco jurídico para el ejercicio del poder. Esto exactamente ¿qué significa? ¿Cómo se hace? Esta cuarta función del derecho que por lo demás es muy importante las anteriores también, obviamente.

Pero quizá esta al ser menos evidente en un primer momento conviene quizá que nos detengamos un poco en ella. Obviamente siempre con ese carácter de rapidez y de elementalidad con la que se supone que debemos hablar aquí. Y es que la sociedad está integrada, pero no sólo por elementos individuales, sino que en la propia sociedad existen también algo a lo que siempre conocemos como poder.

Entonces el derecho es posible que tenga que decir algo con relación al poder. Esto no siempre se ha visto exactamente así. Bueno, por poder podríamos entender quizá que tiene la capacidad de mando, la autoridad máxima o el que es depositario de la fuerza.

El poder se ha concebido muchas veces históricamente, en un primer momento parece que surge así y así se mantiene durante muchísimos siglos y está relativamente cerca a nosotros como un poder absoluto. Esto es como algo que se caracteriza porque quien manda, normalmente una persona genéricamente podríamos decir el monarca está como radicalmente alejado de las normas. Es más, la norma es él y desde luego está no sometido a las leyes, ni siquiera a las que él mismo ha podido dar.

Entonces es interesante ver desde el punto de vista histórico como el derecho ha ido coartando de alguna forma al poder precisamente para que cumpla los objetivos para los que está. Realmente para que lo ejerza en la dirección que él quiera. A veces quizá puede ser una dirección perfecta para la gente o adecuada, pero luego el método no es el correcto y a su vez si no tiene ningún control, ningún freno, es evidente que se puede dar cualquier tipo de arbitrariedad o de desmanes y de absolutas injusticias.

En este hilo histórico habrá que llegar hasta el siglo XVI para ver que empieza a surgir la noción de Estado. Estado como algo separado del monarca, como algo separado del que manda. Empieza a nacer una nueva entidad a la que se llama Estado.

Al Estado según Bodín se le asigna la soberanía. Esta palabra es realmente importante porque soberanía significa que alguien puede mandar, puede dar normas y no recibirlas de nadie. Entonces él es el supremo y no hay otro supremo por encima de él.

Obviamente la soberanía se asigna al Estado. Esto es importante sobre todo por un aspecto, porque es que a partir de este momento el poder se despersonaliza. Ya no es algo que tenga el monarca como una cosa suya, como una cualidad suya, sino que es algo que está ahí, que se separa ya quien ejerce el poder y el propio poder mismo.

Solo del poder mismo se dice que es soberano. Esto parece que es muy importante. Y desde luego en este progreso, en este avance, se llega hasta el siglo XIX donde empieza a surgir ese nombre y esa idea que es el Estado de Derecho.

Estado de Derecho significa que el propio Estado está sometido a las normas jurídicas. Esto es que no podrá realizar las conductas que le parezca más oportuna o las que quiera, sino simplemente aquellas que se ajusten al Derecho. O sea, es un Estado sometido él mismo al Derecho.

Y dentro de esto hay un aspecto fundamental. Lo que tendría que estar sometido son a determinado tipo de valores. Valores que son inherentes a la persona humana y de los que se habla en la lección siguiente.

Bien, pues con esto acabamos el programa de hoy. Hemos hablado de las funciones que desempeña el Derecho con el profesor Gaspar Escalona. Despedimos la Asignatura de Naciones Jurídicas Básicas y también el tiempo del curso de acceso.

Gracias por su compañía. Muy buenas noches. La UNED les ha ofrecido dos horas y media de

radio educativa y cultural.

Mañana estaremos de nuevo con todos ustedes en esta misma emisora y a nuestra hora habitual. Ocho y media de la noche, siete y media en la Comunidad Canaria. Comenzaremos con Psicología Hoy.

Después, Revista de Educación. Nuestro siguiente espacio será Matrícula Abierta y, por último, el curso de acceso. Gracias por su compañía.

Hasta mañana y muy buenas noches.