

AC 11 55

Escuchas Revista de Derecho, un programa de la UNED. Los últimos minutos del programa de hoy van a estar dedicados a dar unas orientaciones de cara al examen de junio sobre cómo preparar los temas de la segunda parte del programa de Historia del Derecho Español. Escuchamos al catedrático de Historia, Joaquín Azcárraga.

Buenas tardes. Comenzamos hoy, o mejor dicho, hoy es el último programa radiofónico de apoyo a los alumnos de Historia del Derecho. Con este motivo y como consecuencia de una serie de consultas que, bien directamente a través de las convivencias que he celebrado estos días, o bien a través de las llamadas de los alumnos a las guardias, voy a intentar contestar y dar unas ideas generales en orden a la preparación y al contenido de la segunda parte del programa.

Ya en el programa anterior hablamos un poco del derecho común, hablamos un poco de los temas fundamentales de esta segunda parte del programa, pero ha habido una serie de preguntas que me mueven a hacer una aclaración mucho más completa y amplia. Concretamente, si empezamos por el tema 20, verán ustedes que en él se matizan las distintas formas de legislar que aparecen en estos momentos. Hay una intervención de las Cortes, organismo que al tratarse en el programa solo de fuentes no hemos tenido ocasión de estudiar y que es una lamentable laguna que esperamos en un futuro próximo poder subsanar.

Intervención de las Cortes, que es distinta en cada uno de los reinos que componen la España de entonces. No es lo mismo unas Cortes castellanas, que generalmente no condicionan ni limitan la facultad real, que unas Cortes como las navarras o las catalanas, donde evidentemente el papel que juegan es mucho más importante. En cualquier caso, hay un tipo de legislación que es la legislación de Cortes, con todas las matizaciones que quieran ustedes poner en orden a si es una legislación real a través de las Cortes, si es una participación de las Cortes, etcétera, etcétera.

Junto con ella hay otro tipo de normas que son las emanadas directamente del Rey, lo que venimos llamando normalmente pragmática, reales cédulas, etcétera, etcétera. Hay un tipo de normas que evidentemente su promulgación corresponde al Rey, pero que emanan, nacen de otros organismos o de funcionarios, como serían, por citar algún ejemplo, los acuerdos de los consejos, los autos acordados, que evidentemente no tienen valor de ley por sí mismos, pero que una vez el Rey los promulga, y normalmente no los modifica, adquieren ese valor legal. Y también las propuestas de esos funcionarios, sobre todo en algunos territorios, tenemos ocasión de analizar algún tipo de normas de estas, que van de inspección o visita a un organismo, y esas ordenanzas que proponen estos funcionarios, ordenanzas de visita, suelen llamarse, pues naturalmente constituyen también un tipo de norma, por lo menos de carácter administrativo, en cuanto que estos funcionarios lo que intentan es fomentar o facilitar o sugerir al monarca las posibles mejoras para el funcionamiento de determinados organismos o servicios.

Y naturalmente, hay una cuarta participación o influencia en la legislación, que son las decisiones judiciales. Decisiones judiciales que naturalmente ya no tienen el valor de la alta edad media, pero que siguen teniendo un peso, como tienen en nuestros días las decisiones de algunos tribunales. Y no podemos olvidar tampoco que hay una doctrina jurídica.

En todo el programa, desde el principio, que vienen ustedes estudiando Historia del Derecho, han visto que la labor de los juristas es fundamental. La labor de los juristas es condicionante e importante en la formación del derecho. No olviden que la propia labor de los juristas de Alarico, que no supieron hacer con los mismos materiales que habían tenido los juristas de Justiniano, una buena recopilación del derecho romano, influye decisivamente en el futuro de ese derecho romano en Occidente, mientras que unos buenos juristas como los que tuvo Justiniano, motivan que ese texto o ese derecho tenga una vigencia extraordinaria.

Los juristas han contribuido, contribuyen y contribuirán. La doctrina jurídica ha sido siempre una fuente importante que contribuye a la formación del derecho. En cada uno de los territorios verán ustedes, pues, que se mencionan cada uno de los textos que hemos citado.

Y así se habla de la labor legislativa de los reyes, la labor legislativa de los cortes, etcétera, etcétera. No quiere decir esto que, evidentemente, ustedes tengan que aprenderse y saber qué tipo, cuántas normas dieron los monarcas o cuántas disposiciones de cortes existen, etcétera, etcétera. En el programa hemos destacado de cada uno de esos textos, de cada uno de esos tipos de normas, aquellos que tienen una mayor repercusión o relevancia.

Así, por ejemplo, en Castilla, pues hablamos del ordenamiento de Alcalá o de las leyes de toro, que están a medias entre disposiciones de cortes y leyes directas, más bien pueden considerarse esto último. Hablamos de algunos textos concretos en cada uno de los territorios, sin mencionar todos y cada uno. Pero sí es importante que sepan que existen ese todos y cada uno cuando después se planteen, y lo veremos dentro de un momento, en la estructura de cada una de las lecciones del programa.

En un segundo plano, habría que mencionar que en la época alto medieval hemos visto un derecho local fuerte, prepotente, preponderante, un derecho local, es decir, un derecho propio de cada comunidad, de cada localidad, que era prácticamente el único derecho que existía, y que solamente a finales ya de este periodo alto medieval comienza, por distintos caminos, por distintos momentos, a surgir un derecho territorial, un derecho con vigencia en todo el reino. Desgraciadamente es la última parte del programa, de la primera parte del programa, y posiblemente muchos de ustedes no han llegado a estudiarlo, esta ha sido causa quizá de algunos no aptos de febrero, y yo sí les aconsejaría que antes de preparar la segunda parte del programa, lo tengan aprobado o no lo tengan aprobado, repasen ustedes los últimos temas de la primera parte del programa para que puedan entender ese proceso de transformación, ese proceso en virtud del cual aquel derecho local, que era el prioritario, va cediendo paso a un derecho territorial que a partir de este momento va a ir cobrando cada vez más auge, quedando relegados los derechos locales a otros campos y a otros ámbitos. En cada uno de los

temas que a continuación siguen en el programa, verán ustedes que primero se habla del derecho local.

¿Qué ocurre con aquel derecho local preponderante? Por un lado, pues encontramos en territorios como Castilla que hay un intento por parte de los monarcas de intentar unificar todo ese derecho local por la vía, una utilizada por Fernando III y por Afonso X, por la vía de conceder un mismo texto local a varias ciudades, con lo cual por vía indirecta se está unificando el derecho. Es el caso del fuero real, es el caso del fuero judío que tienen ustedes citados en el programa. Otro caso es, por ejemplo, el caso de Cataluña donde el derecho local prácticamente se había mantenido con carácter absolutamente constitucionario, no ha escrito y que su fijación por escrito coincide con la ya incorporación o influencia del derecho romano, con lo cual los textos locales catalanes, tanto los textos de Barcelona, los de Lleida, los de Tortosa, como los de Gerona, están recibiendo, junto con ese derecho tradicional, ese derecho local propio, reciben una gran influencia del derecho común en el momento de su fijación por escrito.

Y así, en cada uno de los territorios, después de haber visto el derecho local y su transformación. Un derecho local que, en definitiva, pues como consecuencia de la preponderancia que va alcanzando al derecho territorial, con consecuencia de que ese derecho territorial legisla materias muy concretas, en definitiva lo que va a ocurrir es que los textos municipales van transformándose, lenta pero ineludiblemente, en ordenanzas municipales, donde se contienen normas de tipo municipal pero que ya no se contienen normas o que las normas que contienen de derecho privado, penal y procesal, han quedado superadas por la legislación de carácter general, la legislación territorial. El derecho territorial se estudia en cada uno de los territorios destacando los textos fundamentales, sin que esto quiera decir que no exista una constante y permanente labor por parte de los monarcas.

Esto es importante que lo tengan ustedes en cuenta. Insisto, no para que se sepan si el monarca tal promovió 17 leyes o 22, sino para que sepan ustedes que hay una permanente y constante labor legislativa de los monarcas, de las cortes, etcétera, que es lo que contribuye a esa transformación, a esa importancia cada vez mayor del derecho territorial. Y, naturalmente, esta proliferación de normas planteaba unos problemas de orden práctico, unos problemas en su aplicación y en su conocimiento.

Ustedes comprenderán que para jueces, juristas, etcétera, era casi imposible conocer la legislación vigente, porque los manuscritos andaban dispersos, no hay una posibilidad de acceso a ellos, etcétera. De aquí la importancia trascendental que tiene la aparición y extensión por España de ese descubrimiento, invento, como quieran ustedes llamarlo, que es la presión de la imprenta. La presión de la imprenta va a facilitar tremendamente la fijación del derecho.

Inmediatamente verán ustedes cómo en todos los territorios se generaliza el deseo, la necesidad, de recoger en un volumen toda esa legislación que hay que aplicar en primer lugar. Por eso las recopilaciones están también un poco en función del orden de preparación de

fuentes. Piensen ustedes, que son juristas en aquella época, y que encuentran unos derechos locales más o menos vigentes, un conjunto de normas emanadas del rey, de los regimos, de los cortes, etcétera.

¿Qué norma la que hay que aplicar? ¿Qué norma tiene prioridad sobre las otras? En cada uno de los territorios, de una manera u de otra, más pronto o más tarde, se va fijando ese orden de preparación, y naturalmente las recopilaciones responden también un poco a ese orden de preparación. Quizá el territorio donde más claramente y antes se plantea es en Castilla, en las Cortes de Alcalá de 1348. Evidentemente, cuando se dice que en primer lugar se aplicará la legislación real y de cortes, pragmática y ordenamiento de cortes, es natural que las recopilaciones o los intentos de recopilaciones se planten sobre estas materias.

Y así en todas las recopilaciones castellanas vamos a encontrar que lo que se incluye son fundamentalmente pragmáticas disposiciones de cortes, sin por supuesto olvidar que se incorporan a las mismas fragmentos concretos tanto del fuero real como del fuero público, como de las partidas. Este proceso de recopilación ocurre en todos los territorios, pero no es más que el facilitar a los juristas y jueces lo que ya existía, lo que está existiendo, que es esa labor, esa legislación, que va cada vez sobreponiéndose a los derechos locales. En el caso concreto de la Corona de Aragón, es decir, el Reino de Aragón, el Reino de Valencia, el Reino de Mallorca y el Principado de Cataluña, tenemos también que tener en cuenta el corte que supone, la transformación profunda que suponen los llamados decretos de nueva planta.

Es evidentemente un tema importante para conocerlo, puesto que supone una transformación profunda en estos territorios en el orden político, en el orden jurídico, porque piensen ustedes que aunque en Valencia no, pero en Mallorca, Barcelona y Aragón sí se conserva, al menos se autoriza la utilización del derecho privado, la falta de una escorte, la falta de unos órganos en los cuales ese derecho esté renovándose y acrecentándose, en definitiva, supone una profunda paralización en el desarrollo de estos derechos, que sin embargo han de pesar constantemente en nuestra historia, como veremos un poquito más adelante. En el tema de los decretos de nueva planta, evidentemente es un tema que tiene vigencia hoy, puesto que explica muchas de las situaciones de nuestra vida actual. Decretos que no pueden ustedes omitir, entender y que, aunque normalmente en los manuales se tratan siempre en Aragón, que es el primer territorio que se suele visitar, nosotros en el programa los hemos repetido en Aragón, en Cataluña, en Valencia y en Baleares, puesto que para los cuatro territorios hay decretos, aunque normalmente en los manuales de uso se habla de ellos en uno de los territorios y en otros se limitan a referirse a otro.

Es importante también que tengan en cuenta que, si entendemos por derecho español el derecho que ha nacido y se ha creado dentro de lo que llamamos España, es fundamental el conocer la gran labor que el reino castellano realizó en orden a dotar de un ordenamiento jurídico a aquellos territorios incorporados con el nombre de Indias. El derecho indiano no es tratado muy profundamente en el programa, pero sí es importante que ustedes conozcan qué es el derecho indiano, cómo se forma ese derecho indiano, por qué nace ese derecho indiano, y

algunos de los textos fundamentales o básicos de ese derecho culminando, pues como en todos los territorios, con la recopilación única de valor oficial, que evidentemente no es una obra, sino es el resumen de todos los trabajos. Finalmente, la primera parte de la segunda parte, si lo queremos llamar así, trata otro tema fundamental, que es los textos de carácter especial y fundamentalmente los textos mercantiles.

La complicación que ha ido surgiendo en el orden procesal motiva que no sea aplicable en la jurisdicción ordinaria a los procesos mercantiles, puesto que, en definitiva, la duración de estos procesos hacía que el resultado fuera perjudicial a ambas partes. Esto motiva que la jurisdicción mercantil se separe de la jurisdicción ordinaria y se creen esos consulados, asociaciones de mercaderes, esas ordenanzas en las que se vienen a regular y a facilitar la solución de estos procesos, y que naturalmente tienen... Eso por lo que hablaríamos de los consulados de tierra o los consulados mercantiles a secas, puesto que no podemos olvidar que además existe un derecho mercantil marítimo que no es propio de esta época, aunque se desarrolle en esta época, que ya existía en la época anterior, puesto que existe desde tiempo. En algunos casos incluso, pues, algunos manuales lo incluyen dentro de esta época, quizá porque el origen de todo esto se pueda fijar en la *lex rodiae jactu* de la época romana, por muchas circunstancias.

Lo importante a destacar del derecho mercantil, a mi modo de ver, es que no es un derecho nacional. No se puede hablar de que el derecho mercantil marítimo sea un derecho de un país o de otro. El derecho mercantil se desarrolla en unas áreas.

Comprarán ustedes que no es posible que un mercante, que un barco dedicado al comercio, tenga unas condiciones en Barcelona distintas de las de Valencia, distintas de las de Mallorca, o distintas de las de Italia o Francia. Lo que va surgiendo, y me refiero que no es el único, lo que va surgiendo es un derecho uniforme, que no es un derecho catalán, ni valenciano, ni mallorquín, ni siquiera español, ni siquiera... Es un derecho del Mediterráneo. Es la costumbre del mar, es lo que se aplica en todos los puertos y que va a culminar en esa obra cumbre, que es el libro del Consulado del Mar de Hispana, donde se redactó.

Sin embargo, lo que recoge no es un derecho español, es un derecho de carácter nacional, si me permiten ustedes. Es el derecho del Mediterráneo. Texto que tiene una importancia directísima y que, si ustedes observan, en los decretos de una planta, se advierte que no se queda suprimido, sino que queda magníficamente por eso, porque no es un derecho específico de un territorio español, sino porque era... Hay otros textos que tienen también trascendencia, aunque quizá menor, y en relación con lo que hemos dicho antes, está el temate del 33.

Es importantísima la aportación de la doctrina jurídica en la formación y la interpretación del derecho. Especialmente en esta época, eran ustedes, quizá para algunos algo sorprendente, que aparece la teología, la filosofía y la ciencia jurídica. Es evidente que en la formación del derecho, y sobre todo en la formación del derecho moderno, tiene un peso específico.

Es un tema que ustedes deben de saber y conocer. Yo no les pido a ustedes un catálogo o lista

de quiénes fueron editores de textos, principales romanistas y comentaristas de derecho común, o quiénes son. Lo que sí les pido es que sepan ustedes qué es la escolástica, qué importancia tiene a algunos autores fundamentales.

Que sepan ustedes que las mismas técnicas que se están utilizando, o que se habían utilizado en el derecho común, la glosa, el comentario, lo vamos a encontrar en los que, no sólo los de los Suárez o Molina, de la escolástica. En este sentido, viene esta lección a recordarles una vez más, que junto a la ley, junto al código, junto a la norma, está la labor del jurista, que interpreta de gran manera. Los dos últimos temas del programa son los que se refieren al sistema.

Evidentemente, la aparición de las ideas de la revolución francesa, las ideas de la enciclopedia, la incorporación de la nueva concepción del poder, tiene y supone un cambio radical que podemos fijar, o fijarlo de alguna manera, intentar poner una fecha, en la Constitución. Evidentemente, esta Constitución, esta transformación, repercute de muchas maneras. Y tenemos, de un lado, el estudio de lo que son las constituciones, que aunque normalmente se estudia en la Asignatura de Derecho Político, ustedes deben saber cuáles son las importantes, cuáles son las líneas fundamentales.

Yo no les pido a ustedes que entren en grandes detalles, al menos, qué constituciones hubo, y qué contenido, más o menos, en esa lucha de los poderes del rey, de las prerrogativas regias, más el régimen de Navarra. Recuerden ustedes que Navarra conserva todo su organización política, pública y privada, hasta el final de la primera guerra carlista, hasta la ley del 41, y que, naturalmente, es un tema importante, y es un tema que, además, ha dado mucho percibimiento. El segundo gran problema de esta época es la codificación.

La codificación la van a estudiar ustedes en los otros años de carrera, a través de cada una de las asignaturas. En civil estudiarán ustedes la codificación civil, en penal la penal, en mercantil la mercantil, en procesal la procesal, etc. Evidentemente, nosotros debemos de conocerla en historia.

Me importa, fundamentalmente, que sepan ustedes el por qué la codificación, cuál es el problema de la codificación, qué plantea la codificación, de dónde viene la codificación, qué maneras hay de hacer la codificación, en definitiva, histórica y, sobre todo, en función de lo que decíamos antes, en función de esa pervivencia de unos derechos particulares distintos del régimen general, donde se ha de plantear, de forma clara, cruda y rotunda, si debe haber un código igual para todos, de cada uno de los términos. Con esto, yo espero que, bueno, hayan visto la idea del programa, el por qué, y de esta manera contestar algunas de las... El examen, como ustedes saben, consiste en dos preguntas. El comentario de texto, esta vez, va a figurar solo, sin indicaciones, sin ayudas.

Son dos comentarios que ya están seleccionados, dos comentarios que le dan a ustedes pie para que, espontáneamente y libremente, manifiesten todo lo que sepan sobre esos temas. Procuren ceñirse al contexto, que no aprovechen usted una palabra para irse a otros temas. Limítense a leer el texto con calma y a analizar las posibilidades que tienen.

Y con esto, repitiendo que estamos del curso 85... Historia del Derecho Español. Hemos escuchado al catedrático de esta disciplina, Joaquín Azcárraga. Y llegamos al final del programa.

Pilar Mellado nos habló del parlamentarismo alemán e italiano. Hablamos también de la aplicación práctica del principio de separación de poderes en el régimen de los Estados Unidos. Lo hizo María Victoria García Atanzo.

El profesor Paco Eugenio expuso un nuevo caso de derecho romano referido al derecho sucesorio. Y por último, Joaquín Azcárraga, catedrático de Historia del Derecho Español, nos informó de cómo preparar esta asignatura de cara a los exámenes de junio. Nada más, el próximo viernes será segundo curso de la carrera en que ocupe nuestro tiempo.

A todos los que nos escucháis, gracias por estar con nosotros y que paséis un feliz fin de semana. Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org Buenas noches. Saludamos a los alumnos del curso de acceso que se incorporan hoy a las emisiones de la UNED, después de las vacaciones de Navidad.

Es en concreto la asignatura de Introducción al Derecho la que ocupa esta noche los 30 minutos habituales de acceso. La reestructuración llevada a cabo por este curso de Introducción al Derecho nos obliga a partir de ahora a cambiar su programación radiofónica. Cada día iremos anunciando lo que trataremos en la siguiente emisión, que por supuesto se adecuará a las necesidades del alumno y al ritmo de estudio que en teoría debe seguir.

Hoy entonces no hablaremos sobre derecho del trabajo, tal y como estaba previsto en la guía de medios audiovisuales, sino sobre algunos puntos, los fundamentales, de las unidades didácticas 1 y 2. Para ello damos paso ya a la profesora de Introducción al Derecho, María Carmen Fernández Miranda. Buenas noches. Hasta este momento han estudiado ustedes la unidad didáctica primera relativa al concepto del derecho y sus fines, y están estudiando la segunda unidad didáctica sobre las fuentes y la aplicación del derecho.

En base a estos conocimientos que deben de tener ya, vamos a realizar una serie de preguntas sobre puntos importantes de estas dos unidades que están estudiando al profesor de Derecho Político de la Universidad Complutense de Madrid, Alfonso Fernández Miranda. En primer lugar, vamos a hablar de las fuentes del derecho, es decir, de la ley, la costumbre y los principios generales. En el estado actual, la ley tiene la primacía, es la fuente primordial del derecho.

¿Por qué es esto? Bien, primero creo que habría que concretar el sentido en el que se utiliza la palabra ley. Quizás sea esclarecedor contraponerlo al concepto de costumbre. Utilizamos la palabra ley en sentido extenso, es decir, como una norma jurídica fruto de un proceso racional de producción del derecho, mientras que la costumbre es una norma jurídica que surge de las relaciones sociales más o menos espontáneas.

A partir de aquí, creo que el concepto de soberanía del estado es el criterio clave para la

comprensión de la pregunta. El estado se afirma en cuanto soberano como instancia exclusiva y excluyente de decisión jurídico-política en el ámbito de una determinada comunidad territorial. En otros términos, aspira a ser él y no ninguna otra instancia la que decida el orden jurídico y político.

La consecuencia fundamental de esto es la autoatribución del estado del monopolio de las fuentes de producción jurídica. Es él quien aspira a decidir cuáles son las normas vinculantes en el seno de esa comunidad. Naturalmente, esto implica que la ley, en cuanto a expresión de la voluntad del estado, en otro sentido expresión de la voluntad popular de la comunidad integrada en el estado, la ley trata de subordinar el resto de las fuentes de producción jurídica.

El estado determina cuáles son aquellas que, pese a no emanar del propio estado, no emanar de los órganos del estado, no ser leyes en sentido amplio como acto de la autoridad legítimamente establecida, sin embargo, las incorpora a su ordenamiento jurídico, les presta sus instrumentos de vigencia, sus instrumentos de coactividad para imponer en última instancia el derecho a la voluntad rebelde, en definitiva las reconoce como fuentes de producción jurídica. Pero parece lógico que en el proceso racional de producción jurídica la ley, en cuanto a emanada de los órganos del propio estado, sea prioritaria con respecto al resto de las fuentes de producción. Es decir, que tú quieres explicar que el estado reconoce la costumbre, reconoce los principios generales del derecho, pero siempre supeditados al valor fundamental de la ley, emanada del propio estado.

Bien, creo que el problema de los principios generales del derecho es un problema más complejo. En relación con la costumbre sí es el planteamiento. Los ordenamientos jurídicos admiten la costumbre secundum lege, la costumbre interpretativa, que no contradice la ley, y la costumbre preterleje, la costumbre que subsana lagunas, pero que tampoco contradice la ley, y sin embargo no pueden admitir la validez de la costumbre contraleje, precisamente en función de ese principio de soberanía.

Es decir, la costumbre contraleje implica la existencia de un centro de decisión que trata de imponer su voluntad en contra de la voluntad del estado, manifestada a través de la ley, de ese estado que sea autoafirmado, y en la medida en que lo consiga será auténticamente un estado, como instancia excluyente de decisión jurídica y política. Efectivamente, la ley admite la costumbre en tanto no contradiga esa ley. Efectivamente.

De acuerdo, yo creo que quedó muy clara la pregunta relativa a la importancia de la ley respecto al total de las fuentes del derecho. Ahora quería preguntarte, y siguiendo un poco dentro de este tema, ¿qué diferencia existe entre los principios generales del derecho y el derecho natural? Bueno, es ciertamente una pregunta problemática. Realmente, a estas alturas, la doctrina todavía no se ha puesto de acuerdo con respecto a los principios generales del derecho.

En fin, con la síntesis que obliga este espacio, podríamos decir que hay dos grandes corrientes extremas. La positivista pura, que entiende que los principios generales del derecho son fruto

de una inducción, de un proceso inductivo del propio ordenamiento jurídico. Es decir, son los principios que se derivan de las normas que contienen el ordenamiento jurídico.

No hay nada más allá del propio ordenamiento jurídico en cuanto al ordenamiento del Estado, ordenamiento positivo. Y una corriente, just naturalista, que considera que existen unos criterios permanentes, válidos, sobre la justicia conforman el derecho natural y de los que se deducirían esos principios generales del derecho. Es decir, para aclarar un poco, estás hablando de una corriente que dice que del propio ordenamiento se derivan unos principios generales.

Y otra corriente que dice que no, que hay unos principios generales de los que se deriva el propio ordenamiento. Efectivamente. Ahora, quizás el problema se pudiera plantear, con la complejidad que esto comporta, dentro del tema de la tensión entre razón y voluntad que existe en todo ordenamiento jurídico.

Quizás podamos operar, por vía de ejemplo, concretamente con el derecho constitucional que es la parte del ordenamiento jurídico que se sitúa en el umbral de las realidades metajurídicas, de las realidades políticas. Un grupo humano se integra, es decir, se produce un proceso de integración política en función de un determinado sistema de valores, de una cierta idea del hombre, de una cierta idea de la comunidad, de un cierto concepto de las relaciones entre persona y comunidad, entre comunidad y Estado. Todo eso se propone como valores fundantes del sistema político.

Es decir, no hay un puro acto de voluntad, sino también hay una racionalidad en el derecho. Hay un sistema de valores, sean permanentes, sean valores históricos, no vamos a entrar en estos momentos en el problema. Hay un sistema de valores que, en cuanto a valores racionales, recibe su formulación positiva en el acto de voluntad de la comunidad a través del poder constituyente.

Esos valores, en cierto sentido, son valores prejurídicos, son valores a partir de los cuales se constituye el ordenamiento jurídico. ¿Y esos valores serían principios generales o derecho natural? Esos valores serían principios generales del derecho. El problema de si son valores permanentes derivados de un orden que trascienda la historia es un problema distinto.

Pero se manifiestan históricamente. El problema es que se manifiestan históricamente. Naturalmente, si hablamos del derecho desde la perspectiva, desde la nota necesaria de la positividad.

Si llamamos derecho a un orden jurídico establecido, vigente en una determinada comunidad. Entonces, sin reducir el derecho a puro voluntarismo, a un acto positivo de voluntad del Estado, reconociendo que ese derecho expresa una serie de valores que han servido como factores de integración de la comunidad, que sirven permanentemente como factores de integración de la comunidad. Sin embargo, esos valores se proyectan en un ordenamiento jurídico mediante su positivación, a través primero de la acción del poder constituyente, posteriormente a través del

legislador ordinario, al elaborar la ley.

Entonces, concretando, ¿qué son los principios generales del derecho y qué es el derecho natural? Ya de una manera muy clara y muy sencilla. Menuda pregunta. Vamos, aquí hay un equívoco, aquí hay un equívoco.

Un lenguaje científico requiere ser un lenguaje inequívoco. Entonces, ¿a qué llamamos derecho y a qué llamamos derecho natural? Si llamamos derecho a un sistema de normas vigente, establecido, con el dato de la eficacia social conformadora, se traduce en forma de vida social, efectivamente, no una mera pretensión. Y llamamos derecho natural a un sistema de normas ideales de comportamiento, un sistema de normas ideales con independencia de su vigencia, de su eficacia social conformadora o no, realmente estamos sumando cantidades heterogéneas.

Llamamos derecho a lo uno o a lo otro. Entonces, naturalmente, creo que debe reservarse el concepto de derecho para un sistema social vigente, cualquiera que sea su fundamento, que es un problema distinto. Entonces, ¿cuál es el fundamento del derecho? ¿De dónde deriva en última instancia su fuerza de obligar? Y creo que aquí es donde está la tensión entre razón y voluntad.

Hay unos valores previos, que son los que posibilitan la integración política, los que posibilitan la propia existencia del Estado, sobre lo cual va a descansar el ordenamiento jurídico. Que esos valores previos sean valores inmutables, permanentes, una concepción desde una categoría metafísica, o que sean, como entiendo, valores percibidos históricamente, es un problema secundario. Pero, efectivamente, hay un sistema de valores que fundamentan todo el ordenamiento jurídico.

Bien, que inspiran, que lo fundamentan y lo inspiran, por supuesto. Y que, naturalmente, tan solo en el momento que son manifestados a través del acto de voluntad, de su concreción mediante la ley en derecho positivo, pasan a formar parte de un ordenamiento jurídico. Vamos a pasar a otra pregunta, ya hablando de los fines fundamentales del derecho, que son la seguridad y la justicia.

Entonces te preguntaría, ¿el derecho injusto es auténtico derecho? Bien, quizás podíamos matizar un poco la pregunta. Entiendo que el valor ontológico que con toda necesidad realiza el derecho, el valor que con necesidad ontológica realiza el derecho, es la seguridad. La certeza, el aseguramiento de las relaciones sociales.

La proposición derecho inseguro sería una contradicción. La proposición derecho seguro o derecho cierto sería una tautología. Sin embargo, sí cabe perfectamente la proposición derecho injusto.

Esto conviene matizarlo. Todo orden de derecho comporta un punto de vista sobre la justicia. Pero, por lo mismo, en la medida en que se le enjuicie desde otros criterios ideológicos, se ha

considerado como un orden de derecho injusto.

Por consiguiente, por supuesto, si entendemos por derecho, de nuevo, un sistema de normas establecido y vigente, de normas con una serie de características, la imperatividad que regulan conductas de alteridad, etc. Pero, efectivamente, establecido y vigente en una determinada comunidad, por supuesto que es perfectamente posible el derecho injusto. Porque la categoría de justo o de injusto depende del sistema ideológico desde el cual se produzca el enjuiciamiento del orden establecido.

Lo que sería completamente imposible, que sería una perfecta contradicción lógica, sería hablar de derecho incierto. Entonces podemos concretarlo diciendo que el valor ontológico que con necesidad ontológica el derecho realiza siempre es la seguridad, el aseguramiento de la existencia social. Y, por supuesto, tal aseguramiento como categoría formal tiene un contenido.

Es decir, realiza un punto de vista histórico sobre la justicia, realiza un punto de vista histórico sobre la libertad, pero que en la medida en que se discrepe desde otros criterios de enjuiciamiento será considerado un orden jurídico injusto. Y siguiendo un poco el tema, te quería preguntar ¿cuándo un derecho deja de estar vigente? Bueno, entiendo que utilizas la palabra vigencia en el sentido de eficacia, eficacia social conformadora. Sí, sí, efectivamente.

Porque, naturalmente, en el sentido de vigencia, desde como complemento de la validez del orden jurídico, pues, naturalmente, la norma entra en vigor o deja de entrar en vigor en función de los procesos de derogación, de anulación, etcétera, etcétera. Sí, bueno, yo no me refiero a cuándo un derecho deja de estar vigente en el sentido de cuándo hay otra norma que lo derogue, sino cuándo socialmente deja de estar vigente. Bien, el problema creo que se puede plantear en los siguientes términos.

La ley es un acto político con vocación jurídica, cuya virtud es la prudencia. Es decir, la ley es una pretensión de conformar en un determinado sentido la realidad. Su virtud es la prudencia porque el éxito de la ley depende de que el legislador haya calibrado su capacidad de determinación de la conducta ajena en función, en parte, del consentimiento y en parte de las condiciones de lo real, de las posibilidades objetivas.

Una ley imposible está condenada a fracaso. Entonces la ley se puede denominar derecho por una serie de circunstancias, por relación al todo, porque ha nacido un ordenamiento jurídico, de acuerdo con los mecanismos y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con la atribución de autoridad al órgano que emana la norma y porque además tiene vocación jurídica porque nace aspirando a llegar a conformar verdaderamente el orden jurídico. El Estado, soporte del derecho, presta a la ley, nacida válidamente y que ha entrado en vigor, sus mecanismos de coacción para vencer en última instancia a la voluntad rebelde.

Ahora bien, pese a ello, es posible que la norma carezca de eficacia. Entonces aquí lo que conviene es separar el problema de la validez y de la eficacia. Que quizás también nos ilustre un poco sobre la actitud del jurista y la función del abogado.

Este último, el abogado más preocupado por la validez. No quiero decir con esto que el abogado no esté preocupado de los problemas de fondo del derecho, ni muchísimo menos, pero en la labor de la abogacía, lo que se alega ante los tribunales, por ejemplo, es una norma jurídica válida. Con independencia de que de hecho se esté cumpliendo o no se esté cumpliendo.

Es decir, esto se puede plantear así. Hay una norma jurídica. Esa norma jurídica es válida.

Es imputable a un ordenamiento jurídico. Ha nacido válidamente, no ha sido anulada, ni ha sido invalidada, ni ha sido derogada. Los órganos del Estado encargados de aplicar su ordenamiento jurídico están obligados a aplicar su norma.

El abogado acudiría, por ejemplo, fundando una pretensión procesal en esa norma y la alegaría. Y los tribunales, naturalmente, deberían amparar esa pretensión procesal. Ahora bien, pese a todo, es posible que, o bien porque el Estado en sí mismo esté profundamente desestabilizado, valga la contradicción, es decir, hay enormes dificultades de creación del Estado, el Estado tenga incapacidad para imponer su poder en esa comunidad, porque falta el proceso de integración política que subyace al Estado, o bien porque una norma concreta, aunque el ordenamiento jurídico en general se cumpla, aunque, por tanto, el Estado sea una instancia estable que efectivamente asuma soberanamente la decisión política en el ámbito de esa comunidad, alguna norma jurídica, por falta de consentimiento social, o por falta de prudencia política en el legislador, que no ha contemplado la imposibilidad práctica de cumplirla, pues la norma fracase.

La norma ha perdido completamente eficacia. Entonces, ¿cuál es el problema para el jurista? Desde una perspectiva lógico-formal, esa norma sigue siendo válida, esa norma puede resucitar en cualquier momento, esa norma puede ser alegada ante los tribunales, esa norma sigue teniendo vocación jurídica, sigue pretendiendo llegar a estar vigente, llegar a estar eficaz, pero en el plano de los hechos, lo cual sería un análisis del sociólogo del derecho, esa norma no se ha traducido, no ha alcanzado, si valga la expresión, no ha alcanzado su plenitud en el ordenamiento jurídico porque la pretensión política con vocación jurídica no ha llegado a ser forma de vida social, ha llegado a conformar, efectivamente, las relaciones sociales. Volviendo un poco atrás, hasta ahora hemos hablado de la primacía de la ley dentro de las fuentes del derecho, de la diferencia entre principios generales del derecho y derecho natural, de los fines fundamentales del derecho y de cuándo un derecho deja de estar vigente.

Vamos a hacer ahora una pequeña pausa y volveremos en salida. Le recordamos que estamos hablando con el profesor de Derecho Político de la Universidad Complutense de Madrid, Alfonso Fernández Miranda, sobre puntos importantes de las dos primeras unidades didácticas que han estudiado ustedes hasta el momento. Continuamos preguntándole, en concreto ahora, lo siguiente.

En el Estado de Derecho, en última instancia, corresponde al Poder Judicial la aplicación del derecho. ¿Los jueces, al realizar esta función, crean derecho o han de adaptarse al que existe?

Es otro problema verdaderamente polémico. Creo que podemos hacer... En nuestro derecho español, ¿eh? Sí, pero creo que es conveniente hacer una distinción.

La función judicial supone una aplicación del derecho, como muy bien has dicho, en última instancia, y, en un supuesto contencioso, el derecho se aplica normalmente, los contratos se cumplen, las obligaciones, los deberes administrativos se cumplen, los derechos se ejercen sin necesidad de acudir a ningún procedimiento judicial. Efectivamente, pero cuando surge un conflicto, intervienen los tribunales. Efectivamente.

En última instancia, aplica el derecho el juez. Y el juez lo que realiza es una individualización de la norma jurídica. Si contempla el caso concreto que se le presenta.

Esta es una primera dimensión de la acción judicial. Interpreta el derecho y lo aplica a un caso concreto. El pensamiento positivista, esta idea tiene raíces en Montesquieu, elaboró o construyó la función judicial como un puro silogismo en función del conocimiento técnico, donde el juez, desde una pura actitud profesional, neutral, experto conocedor del derecho, subsumía los hechos en la previsión normativa.

Si la norma dice A y ha acontecido B, sacaba la consecuencia que era la sentencia. Era una concepción puramente aplicativa, neutral, tecnocrática de la función judicial. Esto no se sostiene.

Hay reacciones importantísimas, desde la Escuela Libre del Derecho, la jurisprudencia teleológica, en fin, una multiplicidad de reacciones en el pensamiento y en la realidad jurídica contra esta fabulación de la neutralidad judicial. El juez interpreta el derecho. Y toda interpretación del derecho implica un momento de recreación.

Podríamos plantearlo en términos lingüísticos. En el derecho se expresan normas, hay un significante y hay un significado, pero el significado no depende exclusivamente del tenor literal del significante, sino también de los valores que el intérprete incorpora a la interpretación. Es decir, esto es tanto más acusado cuanto más indeterminado es el concepto jurídico.

La palabra honor, honestidad. El significado jurídico, al aplicarlo individualizadamente a un caso concreto por el juez, de lo que sea una persona honesta, por ejemplo, en el delito de estupro, la mujer honesta, no depende exclusivamente del significante, sino de los valores que el intérprete incorpora a la interpretación. Efectivamente, cambian totalmente con la sociedad, con el avance de la sociedad.

Y ahí está la clave. En este sentido, la jurisprudencia es, con necesidad zontológica, fuente del derecho. Es decir, siempre hay un momento político de recreación del derecho en todo proceso aplicativo.

Es decir, que el juez, en tanto en cuanto contempla el caso concreto, recrea el derecho para adaptarlo a ese caso concreto. Efectivamente. Esto plantea una serie de problemas,

efectivamente, de tensión entre objetividad y subjetividad, entre democracia y justicia, que trascienden a estos momentos, que pueden ser objeto de otra charla.

Pero, hasta aquí la cosa está clara. En la que es aplicación individualizada del derecho, la jurisprudencia implica una recreación de la norma al aplicarla a ese caso concreto. Ahora bien, ello no significa que necesariamente de esa aplicación concreta, que tiene efectos para ese caso concreto entre las partes, pueda inferirse una norma general que se integre en el ordenamiento jurídico y que a partir de entonces vincule a todos los tribunales de justicia.

Y esto es lo que se quiere decir habitualmente cuando se polemiza sobre si la jurisprudencia es o no fuente del derecho. Aparte de la creación individualizada para el futuro, de aquí se extrae una norma de carácter general en base a la decisión judicial, que se convierte en norma jurídica, se integra en el ordenamiento jurídico y ha de ser aplicada en el futuro en cuantos casos se planteen iguales al fallado, al sentenciado. Y esto ya es un problema político.

Es decir, es un problema del legislador. El legislador puede establecer que esto sea una fuente de producción jurídica, como ocurre en los sistemas anglosajones, de *stare decisis*, donde los tribunales inferiores están vinculados a las decisiones de los tribunales superiores, y puede ocurrir que el legislador entienda que es mejor otro sistema, como en el caso español, donde la Constitución dice que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley. Es decir, que las decisiones del Tribunal Supremo no vinculan a los tribunales inferiores.

No los vinculan en sentido jurídico. Es cierto que esa jurisprudencia informa completa al ordenamiento general. Es cierto que hay una presión política de que el juez inferior está permanentemente atento a las sentencias del juez superior, pero el juez no está obligado más que al respeto de la ley.

O sea que, concretando, el juez, al aplicar la ley, recrea esa ley porque contempla el caso concreto, pero nunca crea una norma jurídica que se integre en el total del ordenamiento. Eso en nuestro derecho español. Y en el derecho continental.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho continental, de raíz napoleónica, que nace de esa ruptura racional que es la Revolución Francesa, donde el principio democrático, en fin, el principio de la soberanía nacional, en un momento, se afirma por encima de cualquier otro órgano. Y la ley, esa expresión de la comunidad, esa expresión de la voluntad nacional. Quería, ya para terminarnos el tiempo que queda, que me hablastes del Estado de Derecho y la arbitrariedad.

Bien. El Estado de Derecho es la más cabal contradicción de la idea de arbitrariedad. Efectivamente.

Y pretende evitarla. Efectivamente. Pero esto, que aparentemente es muy claro, se puede complicar un poco.

Es preciso quizás matizar. Podemos decir que el contenido del Estado de Derecho es doble. Que

tiene un doble elemento.

Uno es el elemento sustancial y otro el elemento formal. Y a los dos se puede referir la arbitrariedad. Es decir, hay un objetivo, un elemento sustancial, lo que el Estado de Derecho persigue.

El Estado de Derecho no es una categoría neutra, es una categoría ideológicamente beligerante. Es decir, se pretende garantizar la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político. O sea, que hay un valor fundante de todo el sistema político, que es la dignidad de la persona humana, el libre despliegue de la personalidad, de lo cual se derivan un conjunto de libertades que se concretan jurídicamente en unos derechos fundamentales, que operan, por una parte, como fundamento del poder político, que está para garantizarlos, para garantizar su ejercicio colectivo, y al mismo tiempo como límite del propio poder político.

Sí, reconoce unos derechos en los ciudadanos y limita el poder político. Y todo esto lo recoge la Constitución. Exactamente.

Entonces, ¿cómo se garantiza ello? ¿Cómo se garantiza esto? Mediante una serie de técnicas formales. Primero, el principio de legalidad, que excluye la arbitrariedad. Los poderes públicos sólo pueden hacer aquello para lo cual están previamente habilitados por una norma jurídica.

O sea, todo poder tiene que estar sometido a derecho. Exactamente. Entonces, la arbitrariedad puede referirse al elemento formal o al elemento sustancial del concepto de Estado de Derecho.

Desde el punto de vista del elemento formal, significa que entre los poderes públicos no cabe un comportamiento arbitrario. Es decir, que sólo pueden hacer aquello para lo que están habilitados para hacer. Que por consiguiente, el ciudadano sabe perfectamente qué es lo que puede esperar de los poderes públicos, cuáles son sus derechos, etcétera, etcétera.

Pero esta no es más que una dimensión del Estado de Derecho. En este sentido, sería un Estado de Derecho aquel en el cual hubiera una legalidad, se excluyese la arbitrariedad de los poderes públicos en el sentido del comportamiento no previsto por las normas, la competencia, la actuación no prevista por las normas. Pero el Estado de Derecho es un concepto sustante que exige algo más.

Exige que el propio derecho se acorde con esos valores, con esos principios que le dan fundamento. O sea, que habría una arbitrariedad referida a la legalidad, al comportamiento legal de los poderes públicos, y otra arbitrariedad referida a la propia legalidad. Si la legalidad se adecúa o no se adecúa a los fundamentos que dan sentido al sistema, que son naturalmente un conjunto de criterios sobre la concepción de la persona, sobre las relaciones persona-comunidad, sobre las relaciones persona-Estado.

Creo que quedó muy claro y que el Estado de Derecho lo que pretende fundamentalmente es

que el ciudadano en todo momento sepa a qué atenerse. Efectivamente, que el derecho sea cierto, pero además no cualquier derecho, sino el derecho que garantiza la dignidad de la persona humana como fundamento del sistema. El tiempo se acaba y agradecemos al profesor Fernández Miranda su ayuda, sus explicaciones y su colaboración con la Asignatura de Introducción al Derecho del Curso de Acceso.

Por último, que el día 23 de enero, en la próxima emisión, que es el 23 de enero, por cambios en la programación no se hablará de principios de derecho penal, que es de lo que habla la guía del curso, sino que se hablará de puntos relativos a la unidad tercera, a la unidad diáctica tercera que estarán estudiando ustedes en ese momento. Muchas gracias y buenas noches. Hasta aquí el curso de acceso por hoy.

Introducción al Derecho ocupó ese tiempo. Nada más también en Universidad a Distancia. Mañana a la misma hora les esperamos de nuevo.

Buenas noches y gracias por su atención.