

AC 09 66

Hola, buenas noches, con nuestra sintonía comenzamos el tiempo del curso de acceso directo a la universidad para mayores de 25 años, el CAT. Hasta las 11 de la noche, 10 en la Comunidad Canaria, intentamos todos los días durante media hora ayudarles con orientaciones y entrevistas, con la compañía de los profesores de la sede central y otros expertos de cada una de las asignaturas que conforman este curso. Esta noche en nuestro programa Nociones Jurídicas Básicas, nos acompaña el profesor Gaspar Escalona, con él hablaremos de cómo se aplica el derecho.

Esta noche en nuestro programa de Nociones Jurídicas Básicas, nos acompaña el profesor Gaspar Escalona, muy buenas noches. El título del tema de hoy es cómo se aplica el derecho, pero cuál es la idea general de este tema. En este capítulo que nos corresponde desarrollar esta noche y que se titula cómo se aplica el derecho, encierra algunos objetos de estudio que en una primera lectura pueden parecer relativamente dispares, ya que de lo que se habla, dando una idea general, que es lo que en estos momentos se pretende, es recordar algo que ya conocemos, que el derecho es una norma, que el derecho no aconseja, que el derecho manda, y que mandan las normas jurídicas precisamente para que se apliquen, para que se obedezcan, de tal forma que se puede afirmar que el derecho nace como un acto de potestad o de autoridad, alguien quien está embestido de esta autoridad puede realmente mandar, y después, una vez que están las normas puestas y puestas como obligatorias para todos, surge en un primer momento la idea que todos tenemos además, e incluso casi podríamos decir por intuición, de la potestad de jurisdicción, esto es de determinar el derecho, que es una potestad que tienen los jueces, de tal manera que cuando se habla de cómo se aplica el derecho, automáticamente pensamos en que eso es lo que hacen los jueces, sin embargo, si vemos con un poco más de detenimiento los contenidos de este tema, veremos que ciertamente se habla de esto, pero también de otras cosas que no parecen evidentes en un primer golpe de vista, como por ejemplo, tendremos que hablar de la interpretación del derecho, los jueces para aplicar el derecho tendrán previamente que interpretarlo, pero los jueces están trabajando codo con codo a la hora de aplicar el derecho también con los juristas prácticos, y este será otro apartado de este capítulo, pero es que los jueces dentro de los distintos sistemas jurídicos que existen, unos abiertos y otros cerrados, en los primeros de ellos, los sistemas abiertos, los jueces disponen de más capacidad de actuación en la medida en que aplican el derecho, pero también crean derecho, y sin embargo, en los sistemas cerrados, en principio, se limitan sólo a aplicar el derecho, y finalmente se desarrolla en este tema también el tema importantísimo, por otra parte, de las fuentes del derecho, de eso que se va a aplicar, de tal forma que los cuatro grandes bloques distintos en extensión que veremos esta noche son el derecho y los juristas prácticos, sistemas abiertos y sistemas cerrados, las fuentes del derecho español y la interpretación del derecho.

Pues como vemos es un tema amplio, denso y además diverso, sobre todo diverso, ¿verdad? Sí. Y podemos empezar por el primer punto que ya ha mencionado, las funciones del jurista,

¿cuáles son las funciones del jurista? El material que ustedes los alumnos disponen se van a encontrar también con unas funciones que han desarrollado los juristas también a lo largo de la historia, y sobre todo partiendo desde Roma, o mejor dicho, sobre todo, centradas en Roma, pero como el tiempo no es largo, nos centraremos en cuáles son las funciones que desarrollan actualmente los juristas prácticos, porque evidentemente subsumen todas aquellas que también se desarrollaron en tiempos históricos. A grandes rasgos podríamos decir que desarrollan básicamente estas cuatro funciones, o mejor dicho bloques de funciones, porque son no unitarias, no sólo en una sola dirección, sino que en cada capítulo existen ramificaciones diversas.

La primera de las funciones que desarrollan los juristas prácticos, que no son sólo los abogados, también notarios y otros muchos profesionales, la primera de las funciones digo es la de asesoramiento. Esto es, la de consejo sobre qué medios ofrece el derecho que sean más rápidos, más seguros respecto a su eficacia para conseguir algo, o también incluso más económicos. Este asesoramiento o consejo lo desarrollan los juristas prácticos o lo aplican, lo dan, tanto a los particulares como a las sociedades y a las empresas.

En segundo lugar, una función también muy importante de los juristas prácticos es la de colaborar en la redacción de documentos y en la celebración de actos y negocios. Por ejemplo, para adquirir la propiedad de un inmueble es imprescindible que exista una escritura pública que debe hacerse ante un notario. Pues bien, el asesoramiento previo respecto a determinadas cláusulas que se quiera que se pongan, es también misión de los juristas prácticos.

En tercer lugar, los juristas prácticos también asisten a los ciudadanos ante los órganos de la administración del Estado. Por ejemplo, cuando existe una inspección fiscal y en otra cantidad de asuntos o de problemas. Y hemos dejado para el último lugar la que, en principio, parece que es como más evidente, en la que todos pensamos, y es que los juristas prácticos también asisten, colaboran con su presencia necesaria, por otra parte, ante los jueces y tribunales, sea de la jurisdicción que sea, penal, civil, contencioso administrativo, laboral, etcétera.

Estas son algunas de las funciones de los juristas prácticos. Es decir, que los juristas prácticos están en casi todos los actos de nuestra vida social o necesitamos prácticamente para casi todo un jurista práctico. Yo entiendo que sí, que para cantidad de funciones siempre que está presente el derecho.

Lo que sucede es que el derecho está presente con muchísima frecuencia. Es un poco como el propio entramado de la vida social, están allí presentes siempre los derechos y, por lo tanto, hace falta tener un conveniente asesoramiento jurídico. Otro punto de este capítulo, de este tema, es el de los sistemas abiertos y cerrados.

¿Qué son los sistemas abiertos y cerrados y qué ejemplos podemos dar? Creo que hay unos ejemplos muy claros. Sí. Todo este capítulo, como hemos dicho al comienzo, se centra en la aplicación del derecho.

Por lo tanto, paradigmáticamente, aunque no solo es el juez. Pues bien, se llama un sistema abierto, que es el propio de los países anglosajones, el Reino Unido y Estados Unidos también y todos los del área de influencia del Reino Unido, en origen histórico. Entonces, allí se da muchísima importancia a los jueces y a lo que se suele denominar Derecho Jurisprudencial, el Common Law, de tal manera que a estos sistemas denominados abiertos se centran en los problemas concretos que existen.

Desde luego, las sentencias que han dado tribunales precedentes tienen muchísima importancia. Decía antes que en este sistema el derecho es más vivo, más cercano a la propia realidad, en la medida en que los jueces tienen capacidad reconocida así para poder, centrándose en la equidad, esto es lo que realmente es justo, dar las soluciones consideren oportunas y que realmente sean justas, sin tener que estar como tan atados a la letra de la ley. De tal forma, como hemos dicho antes, en estos sistemas se dice tópicamente que los jueces crean y aplican el derecho, también crean.

Sin embargo, en los sistemas cerrados, en los sistemas europeo-continenciales, al que pertenece por supuesto España, hay unos sistemas donde tiene muchísimo más peso la ley. Se llama también sistemas de código civil, de tal forma que en estos sistemas que se denominan axiomáticos, en la medida en que hay una ley que es la que en principio tiene que aplicar el juez, al juez le suele denominar la boca de la ley. Hay que decir, sin embargo, que hoy existe una tendencia bastante grande de que exista de alguna forma una cierta simbiosis entre los dos sistemas, en cuanto que en nuestros días en todos los sistemas prevalece la legislación, o sea, hay legislación, quizá mucha, quizá incluso demasiada, pero por otra parte, aun en los sistemas cerrados, por decir de alguna forma, los jueces, la jurisprudencia, los tribunales, veremos esto también un poco en el segundo punto, tienen capacidad para, de una u otra forma, crear derecho, aunque sea a través de la interpretación.

Es decir, que se tiende casi a un sistema más mixto, entre abierto y cerrado, o entre cerrado y abierto. Sí, podría decirse así, en la medida en que ha habido unas mutuas influencias entre unos sistemas y otros. Los abiertos, por decir de alguna forma, sin que pierda capacidad los jueces, tienen mucha importancia, conceden mucha importancia también a las leyes, que ahora son más que antes, y a su vez, en los sistemas cerrados, pues obviamente los jueces también tienen como más, se tiende a que tengan más capacidad de ajustar esas leyes a las singulares condiciones que se dan en cada caso.

Dentro de este tema, se habla de las fuentes del derecho español, que supongo que serán muy importantes, la ley, la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia. ¿Podemos comenzar con la ley? Sí, la ley, evidentemente, es la principal fuente del derecho. En algún momento incluso se pensó que podía ser como la única fuente del derecho.

Lo cierto es que en un artículo, que vamos a tener que hacer alusión a la variedad de las fuentes del derecho, que por cierto es el artículo 1, primero, del Código Civil, en sus distintos apartados, pues bien, en el primero de ellos enumera tres fuentes del derecho. Ley, costumbre,

principios generales del derecho. Sin embargo, en la enumeración que usted hacía, y así debe ser, aparece también una cuarta fuente del derecho, que tiene connotaciones y características singulares, es la jurisprudencia.

La ley, en concreto, tiene como sabemos por otros capítulos anteriores, distintos sentidos. Con esta palabra, si se entiende de una forma genérica, recordamos en el capítulo anterior, se entiende como norma jurídica. Es lo mismo, por lo tanto, que todo el complejo normativo que existe en sus distintas variaciones o características.

Ley, propiamente aprobada en el Parlamento, decreto ley, orden ministerial, bando de un alcalde, etcétera. Pero aquí la palabra ley también se puede entender en un sentido restringido. Esto es como una norma jurídica concreta opuesta a otras normas jurídicas.

De tal forma que la ley, en este sentido, sería siempre norma estatal, escrita, que tiene un proceso de elaboración concreto y que además tiene una serie de requisitos de formalidad, o sea, para que exista realmente en cuanto tal. Esta ley es la que prevalece sobre cualquier otra fuente del derecho. Si la ley es clara, precisa, se refiere a un punto concreto que tenga que ser aplicado por los jueces, ciertamente tienen que aplicar la ley, que a su vez sabemos que es expresión de la voluntad general, etcétera.

En cuanto a la costumbre, parece menos firme, parece menos fuente del derecho, aunque lo sea, por supuesto. Sí, ciertamente la costumbre se aplica a muchísimos menos casos, se dice técnicamente que es una fuente subsidiaria, de tal forma que sólo en ausencia de ley se podría aplicar la costumbre. Pero quizá hace falta que digamos previamente un poco qué es la costumbre, que se entiende por costumbre en sentido jurídico.

Pues la costumbre en sentido jurídico sería ese uso social, esa reiteración de costumbres, digámoslo así, de usos, que se van repitiendo de una vez a otra y que es fuente de decisiones y de reglas jurídicas. De tal forma que dividiendo también un poco la costumbre según la doctrina, se dice que se podría hablar de tres tipos de costumbre. La costumbre según la ley sería una costumbre que viene a confirmar lo mismo que dice la ley.

La costumbre contra la ley, la costumbre que dice lo contrario que la ley, de esta forma que en absoluto se rechaza siempre, no puede prevalecer contra lo que dice la propia ley. Y la costumbre al margen de la ley o fuera de la ley, que habla de otra cosa distinta. Esta sobre todo es la costumbre que realmente tiene fuerza en cuanto a tal y que realmente es una fuente del derecho.

Y para que esto sea así, se requiere que la costumbre sólo se aplique en defecto de ley aplicable. Entonces hay una especie de laguna, no está regulado ese caso concreto que sucede en la vida real por ninguna ley. Y entonces ahí viene la costumbre para regular esto.

En segundo lugar, que esa costumbre no sea en absoluto contraria a la moral o al orden público. O sea, no puede atentar contra estos valores que así los considera la propia sociedad.

Y en tercer lugar, se habla de que debe ser probada.

Esto es, aquel que quiera que se aplique una costumbre debe probarla ante los tribunales. Por cierto, esto es relativamente criticado, porque hay un principio que dice que los tribunales, los jueces, deben conocer cuál es el derecho. Y por lo tanto, ellos también debían conocer las costumbres y no tener que esperar a que le sea alegado, o sea, le sea puesta encima de la mesa por los propios ciudadanos que acudan allí.

De tal forma que podemos decir que es fuente subsidiaria del derecho primario. Pasemos al otro punto, que es los principios generales del derecho. ¿Cuáles son estos principios? Lo primero que habría que decir es que los principios generales del derecho se aplican, como dice también el artículo primero del Código Civil, en su apartado cuarto, cuando no haya ley o no haya costumbre.

Pero este mismo artículo concede a los principios generales del derecho el carácter informador del ordenamiento jurídico. Esto es, cada ordenamiento jurídico tendría una especie de precipitado que sale de él, de todas sus normas, y que estos serían unos principios generales del derecho. No como algo separado, digámoslo así, del propio ordenamiento, sino sería un poco, como repito, como el precipitado propio de ese ordenamiento, como los ejes maestros que estructuran todo ese edificio jurídico.

De tal forma que, en concreto, el profesor Federico de Castro, hablando de los principios generales del derecho, dijo que son las ideas fundamentales e informadoras de la organización política de un país. Bien, todo esto, a lo mejor a alguno de ustedes le puede parecer solo palabras, ¿no? Pero, en concreto, ¿qué podrían cristalizar o cómo podríamos concretar esos principios generales del derecho? Y, desde luego, se ha hecho a través de alguno de estos tres apartados, los principios del derecho romano y del derecho natural. Sería un poco algo así como la base histórica y también axiológica en la que se fundan bastantes derechos positivos.

De tal forma que el derecho romano sería, de alguna forma, como la tradición y esos valores que entraña la justicia estarían simbolizados por el derecho natural. Por lo demás, en alguna otra parte leerán ustedes que, a la conjunción de derecho romano y derecho natural, a veces se le denomina derecho común, como una de las fuentes de las que han surgido también los ordenamientos jurídicos actuales. De tal forma que principios generales del derecho, en ocasiones, se identifican o se concretan en los principios del derecho romano y del derecho natural.

En segundo lugar, se habla de los principios tradicionales o nacionales, que, evidentemente, no tienen por qué ser opuestos, ni mucho menos, a los que hemos hablado antes, los principios del derecho romano y del derecho natural, sino que serían esos principios especiales, concretos, singulares, históricos, que, por la idiosincrasia, por la forma de ser de cada país, han cristalizado en sus normas a lo largo del tiempo, que también tendrían que ser recogidos, que podrían ser sinónimo de los principios generales del derecho. Y, finalmente, se suele hablar de los principios políticos. En la medida en que un Estado es también un proyecto de vida, es

también lo que se quiere que se sea, traduce también determinadas inquietudes de la gente y, por lo tanto, decide que determinadas cosas se hagan de determinada manera.

Pues bien, entendiendo de esta forma tan genérica los principios políticos, esos principios políticos o esas opciones que ha puesto en marcha el legislador, fundamentalmente el legislador que hizo la Constitución, por lo tanto, si es democrática, el propio pueblo, serían los principios que informan, principios políticos, de opciones ante determinadas cosas, que han puesto en marcha un determinado ordenamiento jurídico o un determinado derecho. Tal forma que, de alguna de estas tres maneras, es como suelen entenderse los principios generales del derecho. Y, desde luego, todos estos, los tres incluso, se entiende que deben estar recogidos, si no expresamente en sus formulaciones, al menos sí en su espíritu, en las leyes de cada país.

¿Y en cuanto a la jurisprudencia? Porque, bueno, ya se ha nombrado en el programa la palabra jurisprudencia y hemos visto la importancia en los sistemas abiertos y en los sistemas cerrados, pero ¿como fuente del derecho? Sí, la palabra jurisprudencia tiene distintos sentidos. En ocasiones la pueden encontrar ustedes como sinónimo de ciencia del derecho o ciencia sobre el derecho. En este caso traduce una palabra alemana, pero aquí, y desde luego en nuestro contexto y en nuestra tradición cultural, por jurisprudencia se entiende más bien los criterios seguidos por las sentencias de los tribunales o también las propias sentencias dictadas por los tribunales, de tal forma que jurisprudencia sería un poco doctrina que, de una forma reiterada y habitual, ponen en marcha, aplican los propios tribunales.

La palabra jurisprudencia obviamente es de origen romano, *jurisprudencia*, entonces los que son prudentes sobre el derecho o la prudencia sobre el derecho. Esto tiene un origen bastante claro en la *sofrosine* de los griegos, de la que ustedes podrán leer algo en el material que estudian, también de la propia prudencia romana o de una especial sabiduría o buen sentido para dar soluciones justas ante los casos que se plantean. Es, por lo tanto, una solución prudente, una solución, si me permiten la expresión, entre comillas, aunque creo que sí, que hay que aceptarla, porque también uno de sus raíces en Roma es un arte, el arte de lo bueno y de lo justo y de hacer que el derecho llegue a los propios asuntos controvertidos.

De tal forma que, como ustedes pueden saber, y en la propia pregunta tenía hecho, estaba bastante claro, la jurisprudencia tiene más fuerza o menos fuerza según el sistema jurídico al que hablemos, si es abierto o es cerrado en el sentido en que hemos expresado antes. Y yo creo que es difícil hablar de esto sin citar de nuevo, yo creo que ya acabamos por hoy, el primer artículo del Código Civil, en este caso, en su apartado sexto, donde realmente dice que la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. De tal forma que, en este apartado, las fuentes del derecho, si recuerdan, hablamos de cómo el artículo 1 decía que había tres fuentes, pero ahora el propio artículo 1, en su apartado 6, realmente da a entender de una forma clara lo que de hecho pasa, que la doctrina reiterada, la doctrina frecuente, una vez y otra, que da el Tribunal Supremo cuando interpreta y aplica la ley, la costumbre, los principios generales del derecho, eso

realmente equivale, desde el punto de vista práctico, a un modo nuevo de creación del derecho, con lo cual, la propia jurisprudencia es, y lo veremos con algún detalle también, algo nos dará tiempo de ver en el apartado siguiente, que realmente la jurisprudencia crea derecho.

Por lo demás, se encontrarán ustedes con una referencia a que el propio Tribunal Supremo y una referencia al Tribunal Supremo y al recurso de casación. En definitiva, lo que significa este recurso, que es el último, antes todavía quedaría, en determinados supuestos, la posibilidad de acudir cuando a alguien le han dado una sentencia, los órganos jurisdiccionales han dado una sentencia con la que no esté de acuerdo, evidentemente puede recurrir, pero claro, en principio sólo hasta determinado nivel, en principio podríamos decir hasta el Tribunal Supremo. Se llama recurso de casación, en principio este último recurso, en la medida en que el Tribunal Supremo casa, ajusta o realmente anula la sentencia de los tribunales inferiores.

Pues bien, para acabar ya este tema en los minutos que nos quedan, pasamos a lo que es la interpretación del derecho, que es, profesor Escalón. Sí, ciertamente este es el último apartado que nos resta ya en esta lección, en este capítulo, y lo primero que hay que decir que realmente conocer el derecho en absoluto es, como se ha dicho ya con frase clásica, conocer sus palabras, o sea, saber leer lo que dice, sino más bien entender qué es lo que realmente dice, esto es, cuál es su fin, cuáles son sus efectos, qué es lo que dice. Por lo tanto, siempre que estemos ante una ley hay que indagar o esclarecer el sentido del derecho aplicable a cada caso.

Eso es interpretar, estar entre dos, entre dos, y por lo tanto servir de mediador, de puente entre una cosa y otra. La interpretación, a su vez, puede ser de distintos tipos. En primer lugar, se habla de interpretación del derecho o interpretación de la ley.

Esta es una clasificación que viene ya desde hace mucho tiempo. Interpretación del derecho sería determinar qué derecho es aplicable a ese caso, o sea, por dónde van las cosas y, por lo tanto, qué bloque de derecho o qué artículos concretos hay que aplicar, pero ya después la interpretación de la ley equivale a precisar el alcance y contenido que tiene en concreto esa ley, esto es, esa ley en especial o ese artículo en concreto de una ley, qué es lo que dice, qué sentido tiene. Se ha hablado mucho con respecto a la interpretación y, en concreto, verán ustedes que con bastante minuciosidad incluso se hace alusión en lo que les sirve el material para preparar esta asignatura en cosas muy detalladas.

En ocasiones yo haré un resumen de algunas de estas cosas, aunque sí es posible haciendo alusión a todos ellos. En primer lugar, se habla de que objeto de la interpretación se ha dicho a veces que es determinar cuál era la voluntad del legislador, esto es, qué quiso decir el legislador. En segundo lugar, para otra doctrina hace falta saber cuál es la voluntad de la ley, qué es lo que dice la ley.

Esto puede parecer un poco artificioso porque pretender que un legislador, desde luego, por ejemplo, de hace una ley de 100 años, y hay muchos que todavía están en vigor en nuestro país, que todavía su voluntad está en vigor, parece un poco extraño, pero quizá más extraño parece conferir voluntad a la propia ley, como si ya tuviera que decir algo. En principio, lo que

prima sobre todo es lo que aparece en el Código Civil, en su artículo 3, apartado primero, que realmente nos da pie para hablar un poco de casi todo de lo que se habla aquí. En principio, este artículo dice lo siguiente, que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, lo que equivale a decir que ese es un criterio gramatical, en relación con el contexto, con lo cual es lo que se denomina en el libro lógico sistemático, en relación también con los antecedentes históricos y legislativos, esto es, el criterio histórico evolutivo, o atendiendo sobre todo a la finalidad que persigue la ley, que sería el concepto teleológico, esto es, el fin que realmente persigue.

En esta misma lección, ya para acabar, se puede encontrar que si nos atenemos al origen, entonces, a quién da la interpretación, tendríamos que interpretación auténtica es la que da el propio legislador, el que ha hecho la ley, a su vez la interpreta, por ejemplo, para rectificar errores o para decir que determinada palabra debe interpretarse en una determinada dirección. La usual es la que hacen los tribunales, la doctrinal es la que hacen los autores, tratadistas, etcétera, y que por el resultado, la interpretación, a su vez, se divide en literal, si es lo que su propio nombre indica, declarativa, esto es, que declara el sentido, por lo tanto, puede ser en un sentido más amplio o más restringido, y la crítica o correctiva en cuanto que rectifica, y esto no nos debe extrañar en absoluto, algo así como lo que podríamos decir, la letra de la ley. Por lo tanto, pese a lo que parece que dice, se interpreta de otra forma, a veces para acomodarlo simplemente a la realidad social del tiempo en que ha de ser la ley aplicada, que es también uno de los criterios que aparece en ese, ya citado antes, artículo 3º, apartado 1, del Código Civil.

Pues como hemos visto este capítulo, cómo se aplica el derecho, es denso, es amplio y diverso, además, eso lo dijimos ya al principio, y debemos ya despedirnos. Muy buenas noches, profesor Escalona. Muy buenas noches.

Nos despedimos de todos, y también le despedimos el curso de acceso. Gracias por su compañía. Con el curso de acceso, despedimos la programación de la UNED en el día de hoy.

Mañana viernes, comenzaremos a nuestra hora habitual, ocho y media de la tarde, siete y media, en la Comunidad Canaria, y en esta misma emisora. Nuestro primer espacio será Revista de Derecho. Continuaremos con el informativo universitario, y por último, el curso de acceso.

Gracias por acompañarnos, que pasen una feliz noche.