

## MÓDULO I

**Funciones del derecho**

El derecho es un **fenómeno omnipresente** en nuestra sociedad, que se da en todas las instancias: contractuales, laborales, personales y familiares.

- ◆ Es fundamental para lograr la **supervivencia** de la sociedad.
- ◆ Ayuda a lograr la **coordinación y cooperación** en la sociedad, aunque sea por la amenaza de sanción.
- Desde una visión **funcional** → ¿para qué sirve el derecho? ¿Cómo incide en la sociedad?
- Desde una visión **estructural o estática** (más adelante) analizaremos cuáles son los componentes del derecho y qué relación se establece entre los mismos.
- De manera **prescriptiva** → las funciones del derecho son:
  - **Control social**: regulación, integración
  - **Legitimación de poder**
  - **Seguridad jurídica**: claridad normativa, publicidad, percepción de no arbitrariedad institucional (normas-estado-tribunales)
  - **Justicia**
  - **Educativa**
  - **Terapéutica**

**1. Relevancia del análisis funcional**

En la teoría del derecho, el estudio de las funciones del derecho ha sido tradicionalmente marginal (H. I. A. Hart, H. Kelsen) por considerar que abordar este tema exige adentrarse en problemas valorativos que tienen que quedar al margen de los estudios jurídicos con pretensión científica.

La teoría jurídica, a menudo, ha considerado que analizar las diferentes funciones del derecho exige pronunciarse sobre cuestiones **valorativas** (qué finalidades valiosas) que tendrían que quedar al margen de los estudios científicos (que, se presupone, son estrictamente descriptivos y no valorativos; y permiten la diferenciación del derecho respecto de la moral y política).

Sin embargo, ese carácter científico del derecho ha permitido ubicarlo dentro de las ciencias sociales y calificar el fenómeno jurídico lingüístico o metalingüístico → esto, estructuralmente, no tiene cabida.

Con esta expansión de la sociología en el siglo XX se multiplican las críticas, la visión estática o estructural del derecho → se fija más miradas en las interconexiones.

Se afronta el fenómeno jurídico desde una visión racional y contextualizada y no aséptica. Es preciso atender a los hechos sociales.

Autores como **N. Bobbio** defienden → **incluso que el jurista no solo es intérprete del derecho, sino creador de este en esa tarea interpretativa.**

En toda esta perspectiva, el derecho aparece como **funcional**, como **instrumental**.

Movimientos como **“Derecho y Sociedad”** o **“Critical Legal Studies”**, así como estudiosos de las corrientes **marxistas** han cuestionado el acercamiento al fenómeno del **derecho** desde el punto de **estructural**.

Prefieren entenderlo en el contexto de los cambios sociales → **el fenómeno jurídico como expresión de la sociedad y la cultura en la que emerge y por tanto la afirmación de que los individuos están vinculados a sus comunidades y condiciones de vida, y determinados por las estructuras sociales, políticas y económicas que los rodean.**

La conclusión es que la visión estructural del derecho y la funcional se complementan, es preciso determinar no solo como funciona el derecho, como se desarrolla, organiza o sistematiza en medio del contexto social.

Es necesario también una visión autónoma y aséptica del derecho: **el derecho como tal**.

## 2. Análisis funcional y funciones sociales del derecho

- **¿Qué es el análisis funcional?** Examinar qué función (tarea Y) cumple el derecho (elemento X) en un contexto determinado (Z).
- **¿Cuáles son las funciones sociales del derecho?** Admite respuestas distintas, dependiendo de si queremos saber para qué sirve el derecho o para qué debería servir.

**Diferenciación → análisis funcional, funcionalismo y conflictualismo:**

- **Análisis funcional:** tiene por objeto el análisis del derecho desde el punto de vista de sus **funciones**. Prioriza una visión del derecho como **instrumento** para alcanzar diversas finalidades en otras esferas sociales.  
En **oposición al estructuralismo** permite tener en cuenta **cuestiones sociológicas**.
- **Funcionalismo:** es la teoría social que conceptualiza a la **sociedad** como un sistema formado por un conjunto de elementos en equilibrio que se coordinan e integran entre sí con el objetivo de preservar su **unidad orgánica**.  
Se basa en un concepto objetivista de función.  
Enfatiza el papel del derecho → **en el mantenimiento del equilibrio y la paz social**.  
Las instituciones y las normas jurídicas, como elementos dentro de un sistema social más amplio, contribuyen a eliminar los factores de desestabilización de este sistema que tiende hacia la **cohesión y el consenso** → sería la **función primaria** del derecho.
- **Conflictualismo:** se opone al funcionalismo, tienen la visión **"sociedad como conflicto"**. Destacan la función que desempeña el derecho en los conflictos sociales, ya sea contribuyendo a su disminución o resolución como incluso ayudando a generarlos.  
Los representantes más destacados son los **marxistas**, que parten de la idea de que el conflicto es el elemento central para comprender la historia de la lucha entre clases sociales con intereses antagónicos.

→ La noción de función no es ausente a la problemática → 2 puntos de vista:

- **Objetivista:** la más común.  
**La función sería la contribución X, por parte de Y (derecho), en el contexto Z (la sociedad).**  
Función como **concepto estático y organizativo**.  
Se entiende que la función, es la contribución que aporta un elemento a la organización o a la acción del conjunto del todo del que es parte.  
Se basan en la idea de **sociedad como unidad o totalidad**, compuesta de elementos interdependientes que cumplen diferentes funciones que, **en conjunto**, promueven el **equilibrio del organismo**.  
El sistema social según esta visión está compuesto de distintos subsistemas y cada unidad hace una aportación singular al conjunto.  
Por lo que estudiar las diferentes funciones sociales del derecho, implica analizar el impacto de las normas e instituciones jurídicas en el mantenimiento o mejora del equilibrio del sistema social global que contribuyen a mantener.
- **Subjetivista:** la función es un concepto dinámico e inestable.  
La función del derecho, en el contexto de relaciones humanas, depende de los sujetos que intervienen en esas relaciones.

## fi. Tipología básica de las funciones del derecho

El análisis funcional no da una respuesta cerrada a la exposición de las funciones atribuidas al derecho, se reúnen en una → **ELIMINAR/REGULAR LOS CONFLICTOS SOCIALES:**

- ◆ **Funciones regulativas e integradoras**
- ◆ **Funciones de legitimación del poder**
- ◆ **Función de seguridad jurídica**
- ◆ **La justicia como función del derecho**

## 1. Función regulativa e integradora

Ambas estarían relacionadas con el control social, idea de “**paz, orden y tranquilidad social**” siendo contraria al estado de naturaleza o iusnaturalismo, caracterizado por la falta de orden estatal y jurídico.

### a) La función regulativa del control social se refiere a la regulación de conductas.

El control social se realiza por medios de la ordenación de conducta (orientar comportamiento de los **ciudadanos**).

Cumpliendo modelos o patrones de conducta → existencia de derecho → estructura normativa, (norma jurídica-sistema jurídico) que garantiza el funcionamiento de las instituciones sociales, manteniendo el equilibrio y el orden. “Paz social”.

La idea de control social entendida como **dimisión regulativa** permite resaltar aquellos aspectos del derecho más relacionados con la represión y la supervisión de la dinámica social.

Un segundo aspecto sería el control del orden público, **las conductas de las autoridades**, ya sea controlando directamente las instituciones (coerción, o limitando su poder) o indirectamente (derecho a voto, opinión pública, derechos sindicales...) → “estado de derecho”.

*El estado tiene que tener una función clave en la promoción de la igualdad, la salud, y en general, la calidad de vida de los ciudadanos.*

### b) La función integradora del control social

Pretende unificar la sociedad generalizando sus comportamientos para que impacten sobre la convivencia social.

La familia y las escuelas se quedarían cortas para este objetivo por lo que el derecho actúa como instancia formal para promover la cohesión social y el comportamiento conforme a las normas establecidas → menos frecuente los conflictos sociales.

En este sentido la coacción es de suma importancia como técnica básica de control social, consistiendo en las amenazas de sanciones jurídicas negativas estando esta técnica en los estados modernos institucionalizada y centralizada.

La amenaza de sanción, así como su aplicación efectiva en los casos de incumplimiento, actúa como herramienta motivacional para que los individuos cumplan las normas jurídicas.

Actualmente la función integradora apuesta por las técnicas promocionales como facilitar el cumplimiento de la norma. Incentivando positivamente para que los ciudadanos acomoden sus conductas a las normas jurídicas (pago fraccionado de un impuesto...)

En este sentido cobra importancia la validez de las normas, que depende de quela autoridad que las ha dictado sea competente, y que el procedimiento usado haya sido correcto desde un punto de vista legal; y no la aceptación voluntaria o no de tales normas por parte de los destinatarios, que pueden tener que ver más con el entorno sociocultural dominante del contexto en que se aplican.

**El derecho es un instrumento básico de cohesión e integración, ya que tiene una función clave en la coordinación de todos los otros mecanismos de control social.**

Para el estado social la integración supone un problema, conflicto, sin embargo, para el estado liberal la integración es una oportunidad. Para los escépticos, la función integradora, o no sirve o genera más conflicto.

Para los críticos, el conflicto es eterno y su juridificación (regular en derecho una situación) es un problema.

→ **Técnicas de control social:**

- **Técnicas de represión:** que se apartan de las prescripciones normativas, expresadas fundamentalmente en sanciones.  
Estas sanciones tienen también un efecto preventivo, temor a la aplicación de las normas sancionadoras. (Técnica más común en el estado liberal abstencionista) → instrumento que contribuye a hacer efectiva una finalidad más básica, como el control social.
- **Técnicas promocionales:** propiciar positivamente adecuar el comportamiento a las normas jurídicas (técnica muy presente en el estado social), recurriendo al estímulo y la recompensa, primando la prevención y no la represión.

Parece que, si estamos ante un estado liberal con tendencias abstencionistas, el derecho cumplirá principalmente la función de supervisión de las instituciones sociales de una forma menos intrusiva con respecto a las funciones concretas que estas instituciones realizan, recurriendo principalmente a mecanismos de control para mantener la paz social, garantizar ciertos derechos y libertades básicos, etc.

Si, por el contrario, nos encontramos ante un estado social más intervencionista, la función de control se convierte más bien en una función de dirección de la sociedad hacia determinadas finalidades sustantivas que se consideran “justas” o “buenas”.

Así, el estado social utiliza el aparato jurídico con el fin de garantizar que todos los ciudadanos disfruten de un grado de bienestar social.

## 2. **Función de legitimación del poder**

El derecho está conectado al poder.

El derecho es un instrumento para el ejercicio del poder, es lo que subraya Kelsen con su norma fundamental y Hart con su regla de reconocimiento.

Ahora bien, que un estado utilice el derecho no lo convierte en estado de derecho. Esto último consiste en una forma de organización estatal concreta en la que el gobierno se organiza y actúa sujeto a reglas jurídicas.

Esta forma de estado se caracteriza por el principio de división de poderes, el principio de legalidad, (el ejercicio de los poderes y actuaciones públicas está sometida a la ley, en especial a la constitución), el imperio de la ley y la protección de ciertos derechos y libertades fundamentales.

El poder se constituye, se organiza y se legitima, evitando el puro ejercicio de dominación.

→ **Hay que diferenciar legitimidad y legitimación**

Legitimidad: carácter normativo, el régimen jurídico-político, asume valores que pueden ser convalidados éticamente.

Legitimación: carácter descriptivo o sociológico weberiano, es que el régimen jurídico-político es aceptado socialmente, con independencia de su valor moral.

## 1. **Seguridad jurídica**

Concepto relacionado con las ideas de **certeza y previsibilidad**; y pretenden que los ciudadanos sepan lo que está prohibido, y que planifiquen o dirijan su conducta a partir de este conocimiento.

Más concretamente, hace referencia a la posibilidad de conocer **qué exige el derecho de forma previa a la acción, así como a la posibilidad de predecir la conducta de los demás**.

En este sentido, se trata de una función que conecta con la de ordenación de conductas vinculada al **control social**. Si las normas jurídicas aspiran a regular el comportamiento humano, entonces es fundamental que sus destinatarios puedan comprender su significado, conocerlas y,

por lo tanto, actuar en consecuencia o bien prever las repercusiones del comportamiento desviado.

También es importante saber cuáles son las sanciones en caso de incumplimiento. Así, el Código Penal de los estados democráticos no es sólo un catálogo de conductas prohibidas; también es una garantía de los delincuentes en la medida en que determina la pena aplicable en caso de delito y, en este sentido, evita que pueda aplicarse una sanción más grave o diferente.

La certeza o seguridad jurídica es una función central o decisiva en los estados democráticos. Sin seguridad jurídica el derecho difícilmente podría garantizar el control social. Y, además, es esencial para la realización de la justicia.

### La seguridad jurídica se asegura mediante:

#### **1. Redacción de normas claras y precisas**

La manera de redactar las normas es importante para promover la **certeza** → **Comprensible** para sus destinatarios, con el fin de facilitar su conocimiento. Tienen que ser **precisas**, de manera que los ciudadanos no tengan dudas sobre las obligaciones, prohibiciones o permisos que establecen. Evitando defectos como la **vaguedad o la ambigüedad**.

También es importante evitar la **arbitrariedad** para preservar un ideal básico del estado de derecho como es la igualdad formal (o de trato) de los ciudadanos ante la ley.

Hay que advertir que, a veces, el énfasis excesivo en la precisión puede conducir al defecto contrario: la **rigidez** → Las leyes que prevén sanciones muy precisas aplicables a determinados supuestos de hecho, sin posibilidad de hacer matices o tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, pueden dar lugar a una aplicación del Derecho mecanicista, sin sensibilidad por el contexto, que produce injusticias. → Algunos juristas son partidarios de incorporar un cierto grado de flexibilidad que permita a los jueces y aplicadores del Derecho tener en cuenta las circunstancias que rodean cada caso.

#### **2. La publicidad de las normas**

La certeza requiere que las normas sean conocidas, por eso que sea público es fundamental, aunque ello no garantice que, se conozcan.

Por otra parte, la prohibición general de retroactividad de las normas también está relacionada con la publicidad como requisito de certeza

Supongamos que una nueva ley se aplica a conductas que han tenido lugar en el pasado, imponiendo sanciones a los ciudadanos que las han llevado a cabo; en este caso, los supuestos infractores no podían saber, en el momento de realizar su conducta, sus repercusiones legales en el futuro y, por lo tanto, la imposición de la sanción vulneraría gravemente su seguridad jurídica. Sólo excepcionalmente se otorga a las leyes un efecto retroactivo, pero la justificación de estos supuestos tiene que ver, precisamente, con los beneficios objetivos que las nuevas normas aportan a sus destinatarios.

#### **fi. Cumplimiento de las normas por parte del estado y su aplicación por parte de los tribunales**

Efectivamente, por una parte, la sumisión de todos los poderes públicos a la ley no sólo otorga seguridad a los ciudadanos, sino que, como ya hemos explicado, es un requisito inherente a la noción de estado de derecho. El ejercicio del poder estatal tiene que estar amparado en normas jurídicas con el fin de prevenir el abuso de poder y la corrupción.

La seguridad, aquí, se traduce en la percepción de no arbitrariedad institucional por parte de los ciudadanos, que, al mismo tiempo, les permite mantener la convicción de que todo el mundo es igual ante la ley, con independencia de factores raciales, de género, clase social, etc. La igualdad formal, entendida en este sentido, también es fundamental en un estado de derecho.

#### **4. La justicia como la función del derecho**

Es una función muy difícil de definir, bastante indeterminada, el contenido y el fondo afectan no solo al significado sino a la “calidad” de la democracia.

Sin embargo es una de las aspiraciones centrales de los regímenes o sistemas jurídicos, que contribuyen a la consecución, de los más altos ideales.

**La justicia es una función del derecho**, → tal hecho exige la separación de ese mismo derecho respecto de la moral.

Esta sería la definición de la **justicia material**, que siempre tiende a responder la pregunta **¿Qué es la justicia?** E involucra consideraciones sustantivas relacionadas con la legitimidad moral de las normas jurídicas.

Por contrario, **la justicia formal** es un ideal abstracto que opera como una restricción fundamental al discurso jurídico, confiriéndole racionalidad coherencia.

Incorpora una serie de reglas como la igualdad de trato (siempre que se plantee un caso similar las decisiones serán las mismas)

El principio de universalidad e incluso de seguridad jurídica; los jueces han de impartir justicia de acuerdo con la “legalidad vigente”; esto también conduce a la conclusión de que no todos los sistemas calificados como justos formalmente lo sean sustantiva o materialmente.

### 5. Otras funciones

Destacan otras funciones del derecho, como la educativa, la terapéutica...

### 4. La especificidad del derecho como fenómeno social

El derecho se considera un instrumento necesario para construir una sociedad.

Como la necesidad de disponer de reglas comunes, aplicables a toda la sociedad por encima del pluralismo moral o religioso, y la necesidad de promover el grado de cooperación necesario para promover bienes sociales o garantizar el cumplimiento de objetivos colectivos.

Para Hart, el derecho contribuye a superar aquellas dificultades que provienen o están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana, en esta línea puede ayudar a superar algunos impedimentos estructurales. (escasez de recursos, vulnerabilidad de los seres humanos ante agresiones de otros, solidaridad...)

El derecho no es el único ordenamiento normativo existente, entonces → **¿Cuál es la especificidad del derecho?**

La respuesta más común es que su especificidad no deriva de los fines a los que sirve (paz, justicia social...) sino de “la manera articular” en que se promueven y alcanzan.

**C. S. destaca dos elementos** que son característicos de la manera en que el derecho consigue establecer las bases de la organización y cooperación sociales.

- **La autoridad:** el derecho constituye órganos o instituciones que crean normas jurídicas, que determinan qué conductas están o no permitidas, **la autoridad** de estas reglas dependerá de la legitimidad del órgano que las dicta en los ojos de los ciudadanos, el hecho de que estos estén dispuestos actuar de conformidad al derecho es impórtate para garantizar la estabilidad de los sistema jurídicos y políticos.

En este sentido se puede hablar de **racionalidad formar**; la racionalidad que implica el ordenamiento de conductas mediante normas generales y abstractas.

Que esta racionalidad sea “formal” quiere decir que el proceso de toma de decisiones jurídicas sigue ciertos procedimientos basados en principios contemplados por el propio sistema normativo; no se utilizan, por lo tanto, procedimientos arbitrarios, no guiados por normas, ni se recurren a medios más allá de la razón. (ej; juicios divinos)

- **Coacción institucionalizada:** el uso de medios coercitivos para que los individuos adopten conductas acordes a las normas.

**Existe un tercer elemento → H. Kelsen** lo llama la **motivación indirecta**, los códigos penales no prohibían directamente el homicidio, sino que anuncian la pena correspondiente (el que mate a otro será castigado X).

Por el contrario, la religión usa la **motivación directa** “no matarás”.

