

Ciencia del Derecho

LAS FUNCIONES SOCIALES DEL DERECHO

Manfred Rehbinder: *Sociología del Derecho* (Madrid, Pirámide, 1981. Traducción de Gregorio Robles Morchón), pp. 155-170.

Las tendencias del desarrollo del Derecho de la actualidad han tenido como consecuencia transferencias de los puntos básicos en sus funciones sociales, que por esto en los últimos años frecuentemente han sido objeto de publicaciones y congresos científicos. La cuestión de las funciones sociales del Derecho es el problema de los servicios que el Derecho produce a la sociedad: ¿Para qué sirve principalmente el Derecho? ¿Qué quiere el Derecho conseguir en la sociedad? ¿Con qué fines se establecen y se imponen las reglas de Derecho? La Sociología del Derecho conteta hoy, por lo general, así: El Derecho es un instrumento de poder social que por medio del equilibrio de intereses contradictorios debe conseguir y fomentar la solidaridad de la comunidad. El Derecho es, con otras palabras, un importante elemento de todo proceso de integración social al que los sociólogos llaman control social. La función social del Derecho consiste, por tanto, en la integración del grupo. Así, habla Llewellyn del *job of producing and maintaining the groupness of a group* (*Jurisprudence*, 1962, pág. 357), y ya en Eugen Ehrlich se lee: «El Derecho es ante todo organización» (*Recht und Leben*, ed. por M. Rehbinder, 1967, pág. 73).

La organización social de la comunidad jurídica, y con ella la tarea capital del Derecho, es considerada como una aportación específica para la sociedad y se la divide tradicionalmente en dos subfunciones atendiendo al tipo de medios jurídicos instituidos; estas dos subfunciones son la orientación del comportamiento y la resolución de conflictos. Cuando el

Derecho prescribe cuál es el comportamiento esperado por los sometidos al mismo, entonces se habla de la función reguladora del Derecho. Si toma precauciones consistentes en una reacción con respecto a la infracción de normas de conducta, si no regula, pues, el caso normal, sino el «caso patológico» de la vida social, entonces se habla de la función integradora del Derecho. A esta división en dos de las funciones, subyace la división en dos de la materia jurídica en normas de primero y de segundo orden, tal como puede leerse ya en Eugen Ehrlich, o sea, en normas del obrar para los miembros del grupo, y normas de decisión para el staff jurídico (cfr. el apartado 3.1 del capítulo 2). Las normas del obrar son las normas de organización de la vida del grupo. Las normas de decisión son un mero Derecho de protección, que sólo entra en escena cuando la vida del grupo ha caído en el desorden debido a una infracción jurídica. Esta división en dos se manifiesta en el teórico del Derecho sueco Karl Olivecrona como la distinción entre reglas jurídicas primarias y reglas jurídicas secundarias: «Primarias son aquellas reglas que establecen los derechos y las obligaciones a los individuos. Secundarias, por el contrario, aquellas que determinan las sanciones que siguen a la transgresión de las reglas primarias. Indican al juez que imponga determinada sanción y a los demás funcionarios que la realicen» (*Gesetz und Staat*, 1940, págs. 126 y ss). También Theodor Geiger separa en su *Sociología del Derecho* las normas primarias de acción y las normas secundarias de reacción (*Vorstudien*,

2ª ed., 1970, página 144). Esta separación es una separación de la materia jurídica atendiendo a los destinatarios de la norma jurídica. Las normas del obrar se dirigen a los sometidos al Derecho particulares, las normas de reacción se dirigen al staff jurídico, el cual debe volverse activo en caso de violación de las normas del obrar.

Pero precisamente esta atención a los destinatarios pone claramente de manifiesto que la tradicional división de la función del Derecho en función organizativa y función sancionadora tiene que ser ampliada si se quiere que corresponda a la realidad del Derecho. Las normas que se dirigen al staff jurídico no son sólo normas sancionatorias, que prescriben la reacción a una infracción jurídica. La característica del Estado social del Derecho es que el staff jurídico no se anquilosa en su papel de vigilante nocturno, sino que interviene en la vida social de forma activamente configuradora. Gran cantidad de normas jurídicas prescriben una acción del aparato estatal sin que por eso haya un caso de conflicto. Podría intentarse entender este «Derecho social» como norma del obrar para el staff jurídico y, por tanto, adscribirlo a la función organizativa. Desde un punto de vista lógico esto es con seguridad posible, ya que en todo caso lo que se programa es una acción. Pero tendiendo a la función social, es de todo punto distinto si se programa la acción de los miembros de la sociedad o la acción del staff jurídico. En ambos casos se manifiestan siempre problemas de regulación diferentes. De esto se tratara, con mayor detenimiento, en el apartado 3 del capítulo 6. Provisionalmente valga la afirmación de que a lo más tardar, en los comienzos del Estado social, fue ampliada la función social del Derecho. Junto a la función organizativa y a la sancionatoria, surge lo que puede llamarse la función de la configuración de las condiciones vitales.

Con el surgimiento de esta nueva función de configuración acontece un enorme crecimiento de la materia ju-

ridica. Esto tuvo como consecuencia una progresiva especialización y burocratización del aparato jurídico (cfr. los apartados 3 y 4 del capítulo 4). Cada vez más, existen normas jurídicas que tienen la función de regular competencias y procedimientos de este aparato jurídico. El Derecho tiene, por consiguiente, también la tarea de organizar como tal el staff jurídico y de legitimar su actividad. Esto puede generalizarse, por encima de lo concerniente al staff jurídico, a todas las relaciones sociales de poder.

Por último, una parte de la materia jurídica tiene la función de comprobar la permanente divergencia entre norma jurídica y realidad del Derecho, aquella "demora en las fases, del *sein* y el *sollen*" (Fritz Werner) en el sentido de una adaptación recíproca. El Derecho tiene, pues, también la función del examen crítico de la vida jurídica, la función de la realización de las normas de Derecho, de adaptación de la materia jurídica y del staff jurídico a sus funciones; dicho brevemente: la función del cuidado y la mejora del Derecho.

Las transformaciones del Derecho en el Estado social conllevaron, pues, una ampliación de sus funciones, que hace necesario abandonar la tradicional bipartición de la función del Derecho en organizativa y sancionatoria. La exposición que sigue está basada en la teoría de las funciones de Karl N. Llewellyn, quien en lo fundamental distingue las cinco funciones ya mencionadas, a saber: la resolución de conflictos, la dirección de la conducta, la legitimación y organización del poder social, la configuración de las condiciones de vida y la administración de justicia (*The Normative, the Legal, and the Law-Jobs*, en "Yale Law Journal", 49, 1939-40, págs. 1355-1400). Esta teoría de las funciones no es una teoría susceptible de comprobación empírica, sino que ofrece un instrumento para la descripción de la estructura y de la conducta en los grupos sociales con ayuda de los tipos ideales de la función del Derecho (cfr. W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*,

1973, páginas 180 y ss). En la exposición de estos tipos ideales se conectan explicaciones más pormenorizadas.

1. La resolución de conflictos

El encontrar en el primer lugar de la lista de las funciones del Derecho la de la resolución de conflictos, como sucede en Llewellyn, es típico del pensamiento jurídico angloamericano. Para un sistema jurídico del caso, se halla el juez en el centro de la consideración jurídica. Los países con Derecho codificado no piensan de forma tan exclusiva desde el punto de vista del juez. Para ellos, la proposición jurídica proclamada en el camino de la legislación se ha aplicado siempre en una parte muy considerable directamente a los sometidos al Derecho y se ha programado su acción con independencia de la intervención de los tribunales. Asimismo, una parte cada vez mayor del Derecho regula, en el Estado social, la acción del aparato estatal mismo. No obstante, corresponde a los componentes formales del concepto de Estado de Derecho ("Estado de los instrumentos jurídicos") el que sobre la validez jurídica de la acción estatal deciden en último término los tribunales. Por este motivo, también es apropiado para nuestro pensamiento jurídico lo que Llewellyn dice acerca de la función de la resolución de conflictos, a saber: que el caso de conflicto constituye el test de lo que de una regla de Derecho se impone realmente en la vida social. Desde el punto de vista del concepto del Derecho, corresponde la prioridad a la resolución de conflictos.

En concreto, explica Llewellyn respecto de la función de la resolución de conflictos (*adjustment of the trouble-case*), aquí se trata únicamente de los casos de enfermedad de la vida jurídica, de los hechos penalizables, de acciones no permitidas, de otro tipo de injustos o de abierta lucha de intereses. Estos casos de enfermedad no conducen siempre —dice— a la disolución del grupo, sino sólo cuando se acumulan o son de un gran peso. En ello depende de la correspondiente

cohesión del grupo, esto es, de la eficacia de los ordenamientos sociales extrajurídicos del grupo. Incluso un asesinato no conducirá, por lo general, a una importante perturbación de la vida del grupo. La resolución de conflictos sirve por tanto menos a la adquisición de la vida del grupo como, por lo general, al favorecimiento y solidificación de la misma. Pero tensiones más fuertes dentro del grupo podrían llevar a la explosión.

Como instrumento de la resolución de conflictos, nombra Llewellyn las especiales instituciones jurídicas a ello destinadas, pero junto a éstas también las instituciones que sólo en parte son de naturaleza jurídica: Junto a la maquinaria de la justicia y los procedimientos de votación (en las elecciones, en los trabajos legislativos o en las decisiones judiciales), también formas procesales que fueron desarrolladas en la política y en los grupos íntimos con vistas a la persuasión y a la negociación, al tratamiento de difíciles situaciones en la vida económica y de los negocios. Todas estas instituciones, dice, tendrían que estar creadas de tal forma que trabajen rápido, sin roces, de forma continuada y con un mínimo de gastos y de interrupción de la vida normal del grupo y —en lo que concierne a la fijación de los hechos— con gran exactitud. Además, la adecuada solución del conflicto tiene que estar, tanto como sea posible, en consonancia con el sentimiento social de justicia, servir al bien general y unir estos dos puntos con rapidez y economía. Las dificultades de un caso conflictivo radican, por tanto, no sólo con ocasión del conflicto mismo, sino frecuentemente en que primero tiene que ser encontrada la mejor reacción posible para el caso de la perturbación. Con esto, todo caso conflictivo, como dice Llewellyn, es al mismo tiempo un estímulo para el desarrollo de nuevas ideas. La resolución de conflictos sucede no sólo por medio de la norma existente de acuerdo con la cual la conducta de los miembros de la comunidad debe regirse, sino a veces también por medio del establecimiento de una nueva nor-

ma que debe ser decisiva para el futuro (*unpatterned response*).

El efecto generador de Derecho de la resolución de conflictos muestra ya que no se nos está permitido considerar los casos conflictivos tan sólo como casos patológicos de la vida social. Muy por el contrario, constituyen en los límites de ésta algo completamente normal y natural: "Allí donde los hombres conviven, es permanente la oposición de intereses y, en consecuencia, la lucha inacabable por el poder, algo que ya Heráclito había visto claramente y expresado con la famosa fórmula de que la guerra es la madre y reina de todas las cosas, esto es, el factor generador y dominante de la vida social" (Ernst E. Hirsch). Si no existieran continuamente nuevas luchas por el poder, que hacen necesarias nuevas decisiones del staff jurídico, la vida jurídica se agarrotaría y el Derecho se extinguiría. Los conflictos sirven así, pues, para que el ordenamiento jurídico se acredite. Tampoco es posible el cambio jurídico sin conflicto. Así, han conducido y conducen las revueltas de reclusos a la reforma penitenciaria, los conflictos de trabajo a regulaciones sobre la co-gestión. Formulado con exageración: el Derecho vive del conflicto. Sólo depende de mantener el grupo bajo control para que la unión de éste no sea dañada. Esta necesidad del conflicto para un ordenamiento jurídico vital, para su acreditamiento y su desarrollo muestra claramente que el ordenamiento jurídico, sólo es un sentido condicionado, es un orden de paz. Algunos conflictos, como, por ejemplo, la muerte ilegal de un hombre, serán siempre objeto de persecución y se intentará impedirlos, aun cuando la criminalidad es un fenómeno absolutamente "normal" con el que tenemos que contar (cfr. el texto de Emile Durkheim, en Fritz Sack y René König; *Kriminalsoziologie*, 1968, págs. 3-8). Otros conflictos únicamente los canalizará y orientará, como sucede con el caso del Derecho de competencia. Aquí el ordenamiento jurídico tiene una función de paz sólo en la medida en que por medio del estable-

cimiento de reglas que regulen la lucha se mantenga el conflicto bajo control.

Los medios con los que el ordenamiento jurídico crea la paz o limita los conflictos son diferentes y escalonados. Si se ha violado una norma del obrar, la comunidad jurídica tiene que reaccionar ante la violación de la norma por medio del staff jurídico, por sí mismo o a instancia de los afectados, con el fin de que la expectativa decepcionada de quienes habían confiado en la observancia de la norma no conduzca a la pérdida de la confianza en la realidad de esta norma. Se volverá sobre ello más de cerca al tratar de la función de dirección del Derecho. Aquí hay que subrayar sólo que la reacción del staff jurídico, como dice Werner Maihofer, tiene la misión de la "negación de la negación" hegeliana (cfr. Maihofer: *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, en "Jahrbuch für Rechtssoziologie", I, 1970, págs. 11-36). Esto puede realizarse de distinta manera. La reacción más tenue es la mera constatación de la infracción normativa, por ejemplo, en un fallo acerca de la culpabilidad prescindiendo de la pena o en su juicio declarativo en asuntos matrimoniales. Pero después sigue el amplio espectro de sanciones (negativas) previstas jurídicamente. Estas sanciones tienen dos posibles funciones. Por una parte, pueden querer conseguir que en el futuro la norma afectada sea respetada. Es una función represiva, la cual se ejerce en consideración al particular infractor de la norma, pero también a la generalidad. Hablaremos entonces de prevención especial o prevención general. O bien las sanciones pueden querer conseguir que en el caso de una infracción de un bien jurídico producida por la violación de una norma, se procure una indemnización o satisfacción. Entonces tiene una función de represalia. A ambas funciones de la sanción negativa es común el que por medio de la intervención activa se restablece el equilibrio social.

2. La orientación del comportamiento

En el punto de partida, temporalmente anterior a la función de reacción, tiene lugar la función organizativa del Derecho. La sitúa Llewellyn en segundo lugar, describiéndola como la función de dirigir la conducta de los miembros del grupo, sus actitudes y expectativas, de tal manera que se eviten los conflictos (*preventive channelling of conduct and expectations*). El Derecho se concentra en la dirección de la conducta, tal como esta función puede denominarse en abreviatura, allí donde existen, o son de esperar, conflictos de intereses. Así, regula especialmente la distribución de los bienes escasos y deseados, desde los bienes materiales hasta los inmateriales, tales como el poder y el prestigio. Además, pretende el Derecho con frecuencia (preventivamente) impedir meras perturbaciones en el acontecer de la vida del grupo, ya que las meras interrupciones de ciertos sucesos de la vida social pueden traer consigo conflictos. Se trata, dicho con brevedad, de crear y de mantener un transcurrir de la vida regulado por un orden vivo, y en concreto primeramente (desde el punto de vista negativo), el injusto y el litigio; y por otro lado (desde el punto de vista positivo) haciendo que el comportamiento del individuo se encuentre en concordancia con el conjunto del grupo (*teamplay*).

Llewellyn subraya que, en este sentido, se manifiestan dos modelos en conflicto; por una parte, el modelo de la conformidad más grande posible ("*discipline*", *if you like it*; "*regimentation*", *if you do not*) y, por otra, el modelo de marco más amplio posible para el juego de la acción, que deje espacio para iniciativas libres (*large leeways and creative use thereof*). Con respecto al comportamiento, tiene que ser trazado un límite entre los acontecimientos sociales que han de ser regulados necesariamente por el Derecho y un espacio libre para las fuerzas sociales, a las que únicamente subyace una regulación de los otros mecanismos organizativos, tales como los usos, la urbanidad, etc.,

pero también en este espacio se establecen con frecuencia, jurídicamente, reglas del juego como condiciones mínimas.

En sociedades dinámicas como la nuestra, con su gran movilidad, hay que añadir que el Derecho también tiene que cuidar de una reorientación o transformación del comportamiento, del surgimiento de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, que correspondan a las condiciones cambiantes de la vida del grupo o del individuo. Llewellyn llama a esto *preventive rechannelling of conduct and expectations to adjust to change*. El Derecho evita con ello, en lo posible, la nueva materia de conflicto. Cuanto más complicado se estructura el grupo correspondiente, antes tiene que atenderse esta tarea por parte de los especialistas que desarrollan para ello técnicas y formas de trabajo determinadas.

Las normas jurídicas, que pretende conseguir la dirección de la conducta, no son, pues, normas de valoración que se formulan con posterioridad a un caso conflictivo, sino que son, como dice Maihofer, "normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, deben estimular al comportamiento jurídico e impedir el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido" (ibíd., pág. 27). Pretenden, por tanto, dirigir a través de la regulación el comportamiento individual y las expectativas individuales, con el fin de evitar o (por medio de reglas para su resolución) limitar los conflictos. La seguridad jurídica consiste —visto desde el punto de vista sociológico—, para los destinatarios de las normas de conducta, en la seguridad de ésta, que se produce por la acción conforme a la norma: acción de acuerdo a Derecho significa para el individuo seguridad social en el sentido de ausencia de riesgos. Para la parte interesada en una relación social con el sujeto actuante, la seguridad jurídica consiste en la seguridad en sus expectativas

respecto a que el sujeto actuante se comportará de una determinada manera y, por tanto, de forma calculable: uno puede confiarse en el comportamiento de acuerdo a Derecho. La función reguladora del Derecho, que debe producir esa seguridad jurídica, se halla bajo cuatro ideas base que podrían designarse como los principios formales de la justicia, a saber: la idea de reciprocidad, la idea de duración, la idea de definición de los roles sociales y la idea del equilibrio de intereses.

La idea de reciprocidad, que ha sido trabajada en la Etnología jurídica y especialmente por Richard Thurnwald (*Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts*, 1934), contempla el principio organizativo del Derecho en la reciprocidad de las relaciones sociales, en la vinculación de los roles sociales contrapuestos. El principio de reciprocidad surge bajo dos formas fenoménicas diferentes, y en concreto como principio del talión, es decir, como venganza por daño ocasionado, y como principio de remuneración, esto es, como regla de intercambio (*do ut des*). El principio remunerativo es válido no sólo en la relación de coordinación, sino también en la de subordinación, puesto que el fundamento de la obligatoriedad de los mandatos en la relación de subordinación o de dependencia es la relación de intercambio: protección contra confianza (así en la relación de vasallaje) o procura existencial contra rendimiento del trabajo (en la moderna relación de trabajo).

La idea de la duración en el Derecho quiere decir que la seguridad jurídica como seguridad de la conducta de las expectativas sólo puede alcanzarse si la reciprocidad del contacto social aparece asegurada para el futuro. "El Derecho tiene primeramente la tarea de atar el futuro. Es el poder de planificación el que está a disposición del hombre para configurar sus relaciones sociales" (H. Schelsky, "Jahrbuch für Rechtssoziologie", 1, 1970, pág. 73). Este aspecto concerniente al futuro del Derecho existe incluso allí donde el Derecho

—como en el Derecho primitivo o en el Derecho de la Edad Media— mira al pasado (exposición clásica de este aspecto en Fritz Kern: *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 1919; impresión posterior, 1969). Si se considera al Derecho como obligatorio porque es viejo, la referencia a la duración en el pasado quiere decir sólo que una larga duración es indicio de que el Derecho es correcto. El hecho del pasado eleva por consiguiente, según Schelsky afirma, la seguridad del futuro. Como medio de la seguridad para el futuro considera Schelsky el agrupamiento de modelos de acción de instituciones y la erección de la instancia del "tercero todopoderoso", de la instancia de la administración de justicia. Qué sentido tiene la aceptación de instituciones ideales de carácter jurídico en oposición a institutos jurídicos del Derecho positivo no está, sin embargo, suficientemente aclarado. Con frecuencia se ve una institución como "la naturaleza de las cosas" o la "estructura lógico-jurídica" como un hecho creador de Derecho que se sitúa fuera del Derecho positivo. Por lo general, se disimula en la niebla de la especulación (confróntese el volumen colectivo de Schelsky, *Theorie der Institution*, 1970). La instancia de la administración de justicia es, por el contrario, con seguridad, un medio de garantizar la duración del Derecho. Sólo que nada específico está ligado a la idea base de la duración; es más bien, en un plano muy general, un medio de garantizar e imponer todas las funciones del Derecho que aquí han sido tratadas.

De gran importancia es la idea-base reguladora de la definición de los roles sociales, que constituye una característica estructural específica del Derecho en el Estado social (cfr. M. Rehbinder: *Status-Kontrakt-Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft*, en *Berliner Festschrift*, en honor de Ernst E. Hirsch, 1968, págs. 141-169). Llewellyn, como vimos, ha descrito el problema que surge aquí como conflicto de metas entre los dos modelos de conformidad y divergen-

cia, o disciplina y espacio, para el juego de la acción. Con seguridad, la mera definición o redefinición de los papeles sociales pretende sólo regular la interacción y cooperación de los miembros de la sociedad y, por tanto, es absolutamente necesaria para todo Derecho. Todo Derecho tiene que pronunciarse sobre cuál es el papel social del comprador y cuál el del vendedor o sobre cómo hay que configurar las relaciones entre padres e hijos. Pero solamente el crecimiento descomunal de la materia jurídica en el Estado social nos hace ver claramente cómo la persona, por medio de la adscripción de diferentes papeles sociales que la hace portadora de ellos, "se socializa", o sea, se transforma en un elemento integrado de las organizaciones sociales. Bajo este aspecto, se plantea para el Derecho, siempre de nuevo, el problema de cómo debe protegerse la integridad y la autonomía de esa persona frente a las coerciones, jurídicas y sociales, de la organización. Schelsky cita aquí como ejemplo instructivo la norma jurídica sobre el carácter público de los tribunales. El sentido de la publicidad de las actuaciones ante los tribunales estaba en la protección de la persona frente a influencias del poder (justicia de gabinete). Pero el pensamiento concerniente a los roles sociales en el Derecho suministra la publicidad de las actuaciones ante los tribunales (derecho de información) a una organización, en concreto a la "publicidad organizada", que "amenaza más decisivamente la integridad y la autonomía de la persona que los actos de poder" (ibíd., pág. 81). Por este motivo, el principio de publicidad de las actuaciones ante los tribunales (aunque siempre insuficiente) tuvo que ser "reformulado" por el nuevo parágrafo 169, línea 2 GVG, que prohíbe las grabaciones radiofónicas, cinematográficas y televisivas durante la vista oral. Así, si el comportamiento debe ser dirigido con ayuda de la adjudicación de papeles sociales, ha de tenerse en cuenta que al mismo tiempo se delimita un ámbito individual de juego de la libertad que está protegido con-

tra los intervencionismos, incluso con el peligro de que con eso se cree en la vida social un ámbito de inseguridad en las expectativas. Especialmente, el "mundo juridificado del Estado social" (Fritz Werner) tiene necesidad de estos espacios de libertad protegidos, con el fin de no entregar al individuo a la administración de la coacción social (totalitaria). Esto es así porque sólo la dialéctica de integración y desintegración garantiza la libertad humana (cfr. Joseph H. Kaiser: *Die Dialektik der Repräsentation*, en *Libro Homenaje a Carl Schmitt*, 1950, páginas 71-80, 78).

La idea-base del equilibrio de intereses, por último, ve la función directora del Derecho en la limitación de la arbitrariedad de los socialmente poderosos. El reconocimiento de derechos subjetivos significa la apertura de una fuente de poder para los menos poderosos desde el punto de vista político y social. El equilibrio de intereses a través del Derecho es así, desde un punto de vista formal, la imposición de la igualdad en la diferenciación social (cfr. Schelsky, ibíd., págs. 76-80).

Junto a las funciones de la resolución de los conflictos y de la orientación de la conducta, el etnólogo Rüdiger Schott ha elaborado otras seis funciones del Derecho que él llama funciones secundarias (*Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften*, en "Jahrbuch für Rechtssoziologie", 1, 1970, págs. 107-174, 156 y ss.). En parte coinciden, de hecho, con las dos funciones que precisamente se han denominado primarias, pero en parte van también más allá que ellas. La primera de estas funciones es la función educadora del Derecho. La internalización, es decir, el aprendizaje de las normas jurídicas, es un medio de la socialización. Por medio de la formación de la conciencia jurídica se construye la personalidad individual y se la somete al proceso del control social (cfr. el apartado 1 del capítulo 6). La educación para el comportamiento jurídico es así un medio de orientar el comportamiento social y de corregirlo en caso de con-

flicto. Esta función tiene que ver con las tratadas. Como segunda función secundaria, señala Schott la función socioterapéutica del Derecho. A través de la discusión en torno a los conflictos jurídicos se socavan las agresiones y se restablece la concordia en el grupo. El Derecho como terapia de grupo es, así, un medio de nuestra segunda función capital del Derecho, la de la resolución de los conflictos. La tercera función secundaria del Derecho es, según Schott, la función de entretenimiento. Los procesos jurídicos despiertan la curiosidad pública y aseguran de esta manera el control de la administración de justicia por la opinión pública. Hay también una cierta conexión entre regla de Derecho y regla de juego. Pero este interés en las cuestiones jurídicas va más allá en su importancia de la resolución de conflictos y de la dirección de la conducta. Es más bien una señal de la cultura jurídica de un pueblo (cfr. el apartado 1 del capítulo 6). Así, la llamada función de entretenimiento pertenece a aquella abarcante función que precisamente ha sido tratada bajo la designación de cuidado del Derecho. A continuación señala Schott la función religiosa o mágica del Derecho. El proceso es visto como un procedimiento de expiación de los pecados. El proceso judicial es, visto así, tan sólo un medio de resolución de conflictos apoyado en un fundamento mágico o religioso. Más adelante señala Schott la función económica del Derecho. El Derecho marca el ámbito de las actividades económicas, asegura y aumenta la riqueza y ofrece, por medio de la regulación del intercambio de bienes, una cierta procura existencial. La función económica subyace a la finalidad de la dirección del comportamiento. Además de lo dicho, el Derecho puede —como se expondrá después— configurar también las condiciones de la vida del grupo. Por último, señala Schott como función secundaria la función política del Derecho. El Derecho sirve tanto a la consecución del poder político como a su aumento. Este aspecto no es actualmente en modo alguno secun-

dario. Por el contrario, constituye una función capital del Derecho, que Llewellyn ha descrito como función de legitimación y de organización del poder social.

3. *La legitimación y la organización del poder social*

La tercera función del Derecho es para Llewellyn la distribución del poder autoritario de decisión, así como la formación de las correspondientes formas procesales, cuya observancia en la realización de una decisión aquél designa como oficial y vinculante (*allocation and regulation of authority*). El Derecho determina, por tanto, una instancia que ha de decidir en los casos de conflicto. Para ello esa instancia tiene que observar determinadas reglas de la formación y exteriorización de la voluntad, con el fin de que su decisión sea reconocida como obligatoria (legítima). Llewellyn habla del *job of arranging the say, and its saying*. Se trata aquí no de concesión de derechos subjetivos, sino de reglas de competencia y reglas procesales, es decir, de la dotación de instrumentos jurídicos y de su delimitación. No es la sustancia del Derecho la que se determina, sino las personas del aparato de poder actuantes y su procedimiento. Se trata, evidentemente, de la constitución, y ciertamente no sólo de la constitución de la sociedad en su conjunto, sino de la de cada grupo o subgrupo, es decir, de la distribución del poder, que sólo puede ser ejercido de acuerdo con determinadas reglas procesales. En ello juegan un papel, como muestra la vida estatal, también factores extrajurídicos, como el prestigio personal, las relaciones informales del grupo, organizaciones de poder inoficiosas, que determinan el régimen de facto en un grupo, o exigencias del "Derecho estamental".

En algunos casos la función de legitimación y organización del poder social coincidirá con las funciones precedentes. Toda solución de un conflicto por medio del aparato coactivo, dice Llewellyn, significa un compor-

tamiento del personal jurídico de acuerdo a las reglas de competencia. Pero esto significa reducir la realidad jurídica a sólo uno de sus aspectos decisivos, en el caso de que no se quiera ver en la regulación de cuestiones constitucionales, en el más amplio sentido, una auténtica función jurídica. Las reglas de competencia y de procedimiento tienen una especial función legitimadora (cfr. Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, 1969). El poder se convierte a través de ellas en Derecho. Quienes tienen el poder se convierten en autoridades. Que existiese un complejo independiente de «Derecho constitucional» tuvo especialmente que llamar la atención cuando, con el crecimiento de la materia jurídica en el Estado social, apareció una progresiva especialización y burocratización del aparato jurídico que necesitaba de una más detallada regulación jurídica. Amplias partes del Derecho tienen hoy día la función de regular la estructura interna del aparato jurídico y de conseguir su eficacia práctica por medio de la legitimación entre los miembros de la comunidad jurídica. Es el Derecho del Estatuto de Derecho en sentido específico. Pero incluso más allá regula el Derecho el poder social absolutamente general (por ejemplo, Derecho constitucional industrial, Derecho de familia).

4. *La configuración de las condiciones de vida*

La cuarta función del Derecho la ve Llewellyn en que por medio de la organización y la dirección del grupo se da el impulso para la actividad positiva, integradora del grupo (*net organization so as to unleash incentive*). No sólo penas y prohibiciones, sino también beneficios y la concesión de libertades jurídicamente protegidas pueden ser utilizadas para influir sobre la vida del grupo de manera positiva, subrayando una actividad que está en interés del individuo y del grupo. La integración grupal puede conseguirse así no sólo a través de sanciones negativas (represivamente), sino también por medio de

sanciones positivas (por ejemplo, subvenciones, premios, gratificaciones). Normas jurídicas de este tipo, en lugar de controlar, configuran. Su finalidad no es la observancia de lo tradicional, sino el aliciente para la iniciativa creadora. En la actualidad, esto se manifiesta claramente en la tendencia del Derecho a la socialización, arriba descrita.

El Derecho puede así configurar de nuevo las condiciones de la vida y constituye, de esta forma, el panorama de las funciones existentes hasta hoy, dirigido a lo positivo y que mira al todo, en el que se ha trabajado predominantemente con medios indirectos que actúan sobre el comportamiento de los destinatarios del Derecho sin la amenaza de la sanción. La integración del grupo puede conseguirse, por ejemplo, por medio de la disminución del tiempo de trabajo y de una mejora de las condiciones del mismo, ya que de esta manera se concede al individuo más espacio para la autorrealización creadora, lo cual impide tensiones en el grupo. Por el contrario, las subidas de los impuestos pueden frenar las iniciativas y actuar así desintegradoramente.

Así pues, el Derecho puede activar al grupo. Esto acontece, por una parte, por medio del «Derecho social», esto es, por medio de la garantía de una cierta libertad material. Por otro lado sucede también a través de que el grupo (generalmente con conceptos simbólicos cargados sentimentalmente) se propone metas para el futuro. Aquí se puede hablar también de la función de transmisión o función ideológica del Derecho, donde la palabra ideología ha de entenderse entonces en oposición al uso idiomático dominante y en consonancia con el empleo en el uso del lenguaje político, o sea, en un sentido positivo (cfr. el apartado I del capítulo 3). No obstante, esta función ideológica del Derecho es sólo una función posible y no una función necesaria. Pero si el Derecho no llena esta función, entonces la activación se traslada a otros fenómenos culturales, como los programas políticos y los proyectos religiosos o filosóficos.

5. El cuidado del Derecho

La quinta y última de las funciones tratadas por Llewellyn es la del cuidado del Derecho (*juristic method*). Esto no significa que con esto vea él ya agotadas las funciones del Derecho. Así, ha señalado por ejemplo otra función consistente en la defensa del grupo. Pero las cinco funciones aquí tratadas (*law-jobs*) son para él las más importantes.

En el caso del cuidado del Derecho se trata de la construcción y aplicación de ciertas técnicas y artes especializadas en el tratamiento del Derecho, con el fin de que éste pueda cumplir sus funciones (*ways of handling legal tool to law-job ends*). El instrumento jurídico al que Llewellyn concede peso puede ser desarrollado por los especialistas, por el staff jurídico, no si tan sólo cumple las funciones del Derecho bien o mal, si no se adecua especialmente a los fines y, por consiguiente, se le maneja respetando el punto de vista estético. El cuidado del Derecho no es, pues, una función auténtica del Derecho. Se preocupa únicamente de que el Derecho cumpla todas las demás funciones. Se extiende, por tanto, al conjunto de todos los fenómenos culturales jurídicamente relevantes, a los que no sólo pertenecen las normas jurídicas como tales, sino también las instituciones jurídicas, como parlamentos, tribunales, autoridades, cárceles, policía, universidades, bibliotecas, etc. Las normas jurídicas son, por tanto, únicamente el instrumento con el cual ha de trabajar el staff jurídico para cumplir las tareas adscritas al Derecho. Cuanto más pobre sea el instrumento jurídico, más interesado tiene que estar el operador en el desarrollo de nuevos instrumentos, y más obligado está a hacer «descubrimientos jurídicos» (cfr. Hans Doelle: *Juristische Entdeckungen*, 1958). Si éstos se consiguen y son reconocidos, entonces pertenecen inmediatamente al arsenal de las normas de Derecho, al instrumental jurídico, de tal modo que el problema del desarrollo de nuevas prácticas jurídicas se plantea perma-

nentemente de nuevo. Günter Brandt (Berlín) ha descrito este fenómeno, en una de sus clases agudas y divertidas, diciendo: «Allí donde la mala hierba de la ley enraíza, allí florece la flor de la ciencia».

La necesidad del cuidado del Derecho, es decir, de buen instrumental jurídico, es tanto mayor cuanto más complicada es la materia jurídica o cuanto más vieja es ésta y menos adaptada a la vida social, cuanto más rápido fuerce la sociedad, esto es, el marco del Derecho, dejando tras de sí al mundo normativo del Derecho legal en un amplio *cultural lag*. Si el staff jurídico no tiene éxito en la adaptación de la materia jurídica a las necesidades sociales —sea por medio de leyes reformistas, sea a través del desenvolvimiento del Derecho ya creado—, crece entonces muy pronto una peligrosa competencia para el Derecho. La jurisdicción arbitral, la huelga, manifestaciones de protesta próximas al disturbio y otras formas de conducta, incluyendo las revoluciones, surgirán para poder derrotar al staff jurídico y destruir su monopolio (*process off keeping men from «going to law»*). Esto puede repercutir muy desfavorablemente para la unión del grupo, ya que de esta manera pueden imponerse intereses particulares, en detrimento de la generalidad. En esto ve Llewellyn también una diferencia entre el cuidado del Derecho (*juristic method*) y técnica jurídica (*legal method*). La técnica jurídica es, para él, el instrumento del abogado o, en un sentido más amplio, del representante de intereses. El abogado puede también dominar su instrumental perfecta y pericialmente, pero sólo con el fin de servir a su cliente, teniendo él tan sólo en consideración esa ventaja. El cuidado del Derecho es más, por el contrario. Es la técnica de resolver el caso particular atendiendo al interés de la generalidad y de adaptar la maquinaria del Derecho a las necesidades de la misma.

6. Resumen

Según todo esto, las funciones sociales del Derecho han de describirse

como sigue: el Derecho atenaza la cooperación social de la comunidad jurídica:

1. Por medio de la resolución de los conflictos (función de reacción).
2. Por medio de la dirección del comportamiento (función de orden).
3. Por medio de la legitimación y organización del poder social (función constitucional).
4. Por medio de la configuración de las condiciones vitales (función de planificación).
5. Por medio del cuidado del Derecho (función de supervisión).

Esta enumeración no es exhaustiva, pero es suficiente para una primera división a grandes rasgos. Muestra cómo el Derecho de la actualidad no se agota en las tradicionales funciones de la seguridad de la paz y del orden. El Derecho consigue, asimismo, la organización y la legitimación del poder social. Es también un medio de planificación social y un medio de inspección y de consecución de progreso social. No obstante, la cuestión de las funciones sociales del Derecho sólo puede contestarse con ayuda de criterios formales. Una descripción con ayuda de criterios de contenido habría de realizarse separadamente según el ámbito jurídico y según las normas jurídicas particulares.