

BASES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

Prof. Lic. Walter Antillón Montealegre
Profesor Emérito de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El presente artículo desarrolla las bases del pensamiento jurídico. Para ello, se explora primeramente el origen del derecho que se encuentra marcado por la división social de clases. Luego se analiza propiamente el origen del pensamiento jurídico y de la importancia de ese saber jurídico dogmático. Con ello se llega a una propuesta de definición de lo que es el Derecho y se analiza cada uno de los componentes de esa definición.

PALABRAS CLAVE: Derecho, pensamiento jurídico, justicia.

ABSTRACT: This article develops the foundations of legal thought. For this, the origin of Law which is marked by social class division was first explored. Then, it analyzes the actual source of legal thinking and the importance of this dogmatic legal knowledge. Thus, a proposed definition of Law is carried out and each of the components of this definition are analyzed

KEYWORDS: Law, legal thought, justice.

Fecha de recepción: 29 de septiembre de 2015.

Fecha de aprobación: 30 de octubre de 2015.

I. ORIGEN DEL DERECHO

La fábula del gavilán y el ruiseñor que nos relata **Hesíodo** (poeta griego del Siglo VIII antes de Cristo) en su poema LOS TRABAJOS Y LOS DÍAS, sirve para imaginar las relaciones humanas en la Prehistoria. En su impulso por asegurar su existencia y la de su grupo, los homínidos tomaban los bienes con la ayuda de la fuerza (ferocidad, ventaja física) o de la astucia (ideología). De modo que contra la fuerza y la astucia usadas por una persona o grupo no existían razones de justicia o de conmiseración; lo que valía era tener más fuerza o más astucia, como vemos que ocurre en las relaciones entre depredadores y presas. El poder se traduce en apropiación de los bienes; la impotencia se traduce en hambre y extinción.

Cuando la complejidad de las relaciones sociales da lugar a la división del trabajo, se va a notar cómo los que tienen el poder y la riqueza subordinan a otros que no la tienen para que cumplan diversas funciones en provecho de los primeros, a cambio de alguna retribución; lo cual con el tiempo va a consolidarse en la forma de una separación de clases sociales, siempre en beneficio del grupo dominante, en términos nunca acabadamente definidos.

Aquí juega un papel decisivo la ideología, que suministra un argumento no violento a favor del poderoso: y la forma primitiva de la ideología es la religión, que hace aparecer a los dioses como parientes o aliados o protectores de los poderosos.

Porque, en efecto, en un cierto momento, en los albores de la Historia de una formación económico-social (Egipto, Mesopotamia, Grecia) aparece un Legislador mítico: un dios o un semidiós o un rey o sacerdote emisario de dios que establece las reglas de convivencia para los pueblos y de su sometimiento a sus reyes: Zoroastro en Persia, Manú y Buda en la India, Licurgo en Esparta, Moisés en Israel, Numa Pompilio en Roma, etc. Y entonces la gente, sobre todo la más humilde e ignorante, se siente movida a tolerar o aceptar sumisamente aquel régimen al que se atribuyen tan augustos orígenes. Y así ha ocurrido que, por ejemplo, en la Historia Medieval, tanto en Oriente como en Occidente, han logrado

estabilidad durante siglos dinastías reinantes cuyos miembros llevaron la ruina y el espanto a sus pueblos.

Aquí están operando los dos factores de la dominación social: la fuerza material y “el derecho” (ideología), unidos de tal forma que la fuerza suele ser presentada como subordinada al derecho; cuando en realidad éste es usado como un mero lubricante para que los mecanismos de dominación funcionen mejor. Se consolidan de este modo regímenes sociales profundamente injustos que perjudican y exasperan a los excluidos del poder y los privilegios, lo cual, andando el tiempo, va a dar lugar a recurrentes protestas y brotes de violencia popular.

La Historia ‘oficial’ oculta esta brecha entre opresores y oprimidos: oculta la llamada lucha de clases que, en mi opinión, no siempre fue una verdadera lucha, sino que con mucha frecuencia en la Historia se trató de una mera agresión de los poderosos contra los débiles, sin que éstos presenten resistencia.

A) EPISTEMOLOGÍA DE LA INJUSTICIA (ESTRUCTURA CLASISTA Y EXCLUSIÓN SOCIAL)

Es observación común a naturalistas y antropólogos que, al igual que otros primates, el hombre primitivo observa una conducta gregaria y generalmente pacífica respecto de los miembros de su pequeño círculo familiar o tribal, pero es agresivo y despiadado con los extraños de su misma especie, cuyo eventual destino es ser capturados, muertos y devorados (provecho inmediato, antieconómico), o ser capturados y conservados en esclavitud (provecho prolongado o económico). Es probable que de la prevalencia paulatinamente generalizada de la segunda solución, que condujo a la convivencia de (al menos) dos categorías de individuos en una misma comunidad, haya nacido el primer modo clasista de producción económica: **la sociedad esclavista** (8) Crf. Robert Redfield: *El mundo primitivo y sus transformaciones*; México, 1966; página 22 y siguientes; M.H.Alimen-M.J.Steve: *Pre-historia*, en *Historia Universal Siglo XXI*; México, 1984; Tomo 1, página 314 y siguientes; E.Cassin-J.Botero-J. Vercouter: *Del Paleolítico a la mitad del Segundo Milenio*, en la ob. últ. cit., Tomo 2, página 57

y siguientes, y 123 y siguientes; Max Weber: *Historia económica general*; México, 1956; página 60 y siguientes; Moses L. Finley: *La esclavitud en el mundo antiguo. Historia y problemas*; München, 1980; Gennaro Franciosi: *Esclavitud*, en la Enciclopedia del Diritto; Milán, 1989; Tomo XLI).

Ahora bien, creo que hoy todo el mundo admite sin dificultad que los modos históricos de producción (esclavismo, despotismo fluvial, feudalismo, capitalismo, y el llamado 'socialismo real'), al basarse en una distinción de las personas en clases no fundada en diferencias de naturaleza entre amos y esclavos, explotadores y explotados, demostradas científicamente, sino en contingencias históricas sólo justificadas ideológicamente, **fueron y son injustos** (y generalmente opresivos) (9) véase, por todos, Karl Marx: *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*; Buenos Aires, 1977: Tomo I, página 433 y siguientes; Eric J. Hobsbawm: *Introducción a Karl Marx: 'Formaciones económicas precapitalistas'*; Córdoba, 1972; página 5 y siguientes). El hecho de que fueran y sigan siendo injustos todos los modos en que las comunidades humanas se organizaron para producir los bienes materiales y culturales de la vida, reviste una importancia superlativa. Significa que siempre, desde la época del esclavismo antiguo hasta el capitalismo neoliberal, millones de personas fueron condenadas a las estrecheces de la pobreza, a la ignorancia y la exclusión, a soportar una vida precaria e inhumana. Y entonces cabe preguntar ¿se trata de un hecho 'neutral' o con poca influencia en los otros ámbitos de la estructura de las sociedades, o, por el contrario, se trata de un hecho capital, sin el que no se puede entender nada? Y la palabra 'justicia', que es uno de los fundamentos de las construcciones filosóficas, teológicas y jurídicas de todos los tiempos ¿qué significa en el invariable contexto de palmaria y chocante injusticia?

Sabemos de seguro que de esa antigua situación de injusticia que se prolonga hasta nuestros días, se generaron sucesivas ideologías justificadoras (creencias, religiones, principios filosóficos) que sirvieron de fundamento, a menudo no explícito, de los sistemas de dominación social. De lo cual creo lícito extraer una hipótesis gnoseológica significativa: los pretendidos saberes relacionados con el hombre, la sociedad y la justicia en las relaciones humanas,

generados en el seno de las correspondientes organizaciones o formaciones económico-sociales clasistas, empezando por nada menos que la Filosofía de los griegos, la *Jurisprudencia* de los romanos y la Teología de los cristianos, ¿ameritarían en principio ser revisados críticamente y replanteados desde sus raíces, en la misma medida en la que pretendieron justificar aquellas organizaciones sociales?

Algunos ejemplos:

a) En 'La República', **Platón** coloca a la Justicia como el fundamento del Estado, pero ¿qué entiende **Platón** por Justicia? Él parte de la premisa, que no se molesta en demostrar, de que las tres clases que integran el Estado que propone: productores, guardianes y gobernantes, poseen almas (aptitudes) diferentes; de modo que la Justicia consiste en dar a cada grupo social lo que le corresponde según su desigual naturaleza. Ahora bien, como se trata de una utopía, Platón se exime de mencionar a los esclavos que, sin embargo, eran una presencia cotidiana y abrumadora en su ciudad, Atenas, y en su propia casa (10) *LA REPUBLICA*; Madrid, 1949; Tomo I, página 75 y siguientes).

b) Sin que lo diga expresa y claramente, no cabe duda de que **Aristóteles** pone el trabajo esclavo en la base de la vida y la organización de la ciudad; pero, a pesar de reconocer la humanidad del esclavo, no postula la utopía de su liberación, sino que justifica su servidumbre con argumentos deleznable y preconiza la 'democracia mixta' de los propietarios de esclavos como el mejor régimen político (11) *POLITICA*; Instituto de Estudios Políticos; Madrid, 1951; páginas 9 y siguientes; 248 y siguientes).

c) También era esclavista la sociedad romana que vio nacer la *scientia iuris*, de modo que, mientras los juristas exaltaban la dignidad de la persona humana, origen y razón del derecho y la justicia (12) **Ulpianus**: *REGU- LAE*, 1; **Hermogenianus**: *IURIS EPITOMAE*, 1; en *Digesto de Justiniano*, 1, 1, 10; y 1, 5, 2; Aranzadi, Pamplona, 1968; Tomo I), justificaban asimismo la esclavitud como una institución basada en el derecho de gentes (13) por todos: **Gaius**, *INSTITUTAS*; 1, 8, 2; Ed. Librería Jurídica; La Plata, 1967). Y entonces ¿cuál es el

significado de la definición ulpiana de Justicia como *constans et perpetua voluntas suum quique tribuere*? ¿a quién le corresponde determinar qué es 'lo tuyo', esclavo?

d) Más sorprendente resulta comprobar que un santo cristiano del Siglo XIII, Santo **Tomás de Aquino**, justifica la esclavitud y habla de 'esclavitud natural' utilizando los mismos argumentos que Aristóteles, a pesar de su contradicción insoluble con principios básicos del Cristianismo (14) *DEL GOBIERNO DE LOS PRINCIPES*; Buenos Aires, 1964; páginas 79 y siguientes, y 120). Una primera conclusión, entonces: la división de la sociedad en explotadores y explotados, siendo un hecho de dimensiones universales que recorre la Historia de los últimos cinco mil años, además de haber marcado la vida de las personas, ¿no es razonable pensar que también ha marcado el pensamiento, ha marcado la ciencia, la teología y la filosofía pensadas y escritas en el tiempo en que dura aquella explotación? En lo que nos interesa como juristas ¿no tendríamos razones para revisar críticamente muchos de los supuestos paradigmas y categorías conceptuales de la teoría jurídica? ¿no podríamos deducir de lo anterior que la filosofía y la ciencia del Derecho no serían lo que son si a nuestras espaldas hubiéramos tenido la historia de una sociedad sin clases, justa e igualitaria?

B) AGOTAMIENTO DEL MODELO Y DESPRESTIGIO DE LAS CÚPULAS POLÍTICAS

Como dije antes, el capitalismo neoliberal, cúspide del modelo económico capitalista, que sin duda ha servido para satisfacer espléndidamente a unos cuantos, muestra hoy con mucha claridad que no sólo ha fracasado en su promesa de solucionar los grandes problemas de la entera Humanidad, sino que, por el contrario, ha creado problemas adicionales que nos sitúan ante un ominoso horizonte de violencia, injusticia y degradación del ambiente planetario. Su estructura clasista, su inicuo reparto del Mundo, su ruinosa división internacional del trabajo, que tornan de antemano irrealizables las promesas sistemáticamente renovadas e incumplidas de las cúpulas gobernantes de todos los países (pero

sobre todo los del Tercer Mundo), ha terminado por desacreditar no sólo a dichas cúpulas, sino a los parlamentos y gobiernos que presiden, y expone a los pueblos a la eventualidad de una regresión hacia soluciones mesiánicas, populistas y, en el fondo, profundamente antidemocráticas. (15) cfr. **Rosario Castellanos y otros: *La corrupción***; México, 1969; **Noam Chomsky - H. Dieterich: *La sociedad global***; México, 1995; **Helio Gallardo: *Política y transformación social***; Quito, 2000;).

II. ORIGEN DEL PENSAMIENTO JURIDICO

En estas páginas trataré de mostrar los verdaderos fundamentos del pensamiento jurídico actual, para lo cual hay que preguntar

¿QUÉ SIGNIFICA PENSAR JURÍDICAMENTE?

Esto puede entenderse en un sentido amplio o en un sentido estricto o riguroso. Lo entendemos en un sentido amplio cuando, por ejemplo como abogados, pensamos en un caso judicial, escuchamos a nuestro cliente exponiendo su problema, y entonces poco a poco van surgiendo hipótesis plausibles de solución; o mejor dicho, de ataque, porque vamos a demandar, vamos a pelear contra alguien que tiene un punto de vista diferente del de nuestro cliente en relación con un determinado objeto: un contrato, los linderos de una finca, etc.

También piensan jurídicamente, en sentido amplio, el juez, el diplomático, el asesor municipal, etc., cuando están enfrascados en algún caso propio de su rutina de trabajo: redactando una sentencia, o las cláusulas de un convenio internacional, etc.

En cambio, el pensamiento jurídico en sentido estricto es el que tiene como su objeto la experiencia jurídica práctica: la sentencia, el contrato, el decreto de expropiación, la declaración de impuestos, etc., No son las cosas que piensa el juez para construir su sentencia; o las que piensa el banquero al otorgar el crédito, sino lo que piensa el jurista intelectual sobre aquella sentencia o aquel crédito: las

premisas teóricas, el itinerario lógico seguido por el juez o el banquero, su cultura, su concepción del Mundo. No interesa el caso resuelto mediante la sentencia, sino la sentencia misma como obra intelectual, como juicio lógico: como muestra de una cierta forma de pensamiento jurídico.

En el mundo romano fue Quinto Mucio Scevola, jurista del Siglo II a. C., el primero que construyó teoría jurídica sobre la base de la rica y abundante producción de los pretores y los jueces, procediendo por medio de definiciones y clasificando la materia por géneros y especies. Él había aprendido a usar estas categorías teóricas con apoyo en la Filosofía Griega de su tiempo; y así lo hicieron también sus seguidores Cicerón y Labeón a fines de la República, y después Gaio y Juvencio Celso en el Siglo II d. C.

Esta línea de pensamiento sistemático y conceptual iniciada por los juristas romanos, interrumpida por más de mil años, va a resurgir con todo su esplendor en los juristas de la Escuela Culta Francesa del Siglo XVI; y después por el Racionalismo y el Pandectismo de los Siglos XVIII y XIX, hasta desembocar en la moderna Teoría del Derecho.

C) IMPOTENCIA DEL SABER JURÍDICO-DOGMÁTICO

Pero los obstáculos epistemológicos del pensamiento jurídico son enormes. Para comenzar, recordemos que ante la imposibilidad de la justicia en un mundo clasista: con dos medidas, dos raseros, dos justicias, los juristas, hombres del poder, temprano habían intuido (durante y a partir de la época del Principado de Augusto en Roma: Siglo I d. C.) que su ciencia no podía elaborarse a partir de la exigencia de una justicia verdadera, única para todos los seres humanos; y por eso optaron por entornar discretamente la puerta que miraba hacia la realidad social, dedicándose a la conceptualización del mundo normativo privado, que es un mundo encerrado en una lógica interna, un sistema 'autopoyético'.

Ese marco privado (las reglas de la propiedad, los contratos, la familia) que encerraba la visión del jurista, no cambió durante la Edad Media, el Renacimiento y la Edad Moderna. De modo que cuando, mucho tiempo después, la Revolución

Francesa declara (en el plano legislativo) la igualdad de todos los seres humanos, y cuando los códigos napoleónicos desarrollan esa declaración en sistemas codificados de artículos, capítulos y títulos, los juristas, encerrados en su cápsula normativa, emprenden la exégesis y la conceptualización de los textos correspondientes, pero se abstienen de comprobar el hecho flagrante de que aquella proclamada igualdad de los hombres no llegó nunca a ser real (16) cfr. **M.E. Tigar - M.R. Levy: *El derecho y el ascenso del capitalismo*; México, 1978; página 215 y siguientes).**

Tal actitud 'neutral' o 'ausentista' del jurista, que, con algunas excepciones, ha sido constante en la Historia (en su hora, tuvo un extremo sustento en la 'Teoría pura del Derecho' de Kelsen, que declaraba 'metajurídico' todo cuanto excediera lo formal-normativo), se ha erigido en un obstáculo firme en la lucha por la Justicia Social emprendida y sostenida desde la vertiente del Derecho, y ha condenado el trabajo jurídico, como antes mencionamos, a cumplir la ingrata tarea de conferirle eficacia, prestancia y dignidad a los actos de los poderosos. Porque los juristas, si bien suelen ser renuentes a abordar el estudio de la sociedad sobre bases científicas, no desdeñan para nada el abordaje pragmático que les permite colocarse como engranajes del poder, tal como lo recuerda el sociólogo Charles Wright Mills con referencia a Estados Unidos (17) *La élite del poder*; México, 1973; página 253 y siguientes):

"...El abogado de las corporaciones y el banquero inversionista desempeñan las funciones de 'intermediario' con fuerza y eficacia. Por la índole de su trabajo trascienden el estrecho ambiente de cualquier otra industria y, por lo tanto, se hallan en situación de hablar y actuar en nombre del mundo de las corporaciones o al menos, de importantes sectores de éste. El abogado de las corporaciones es un eslabón clave entre las zonas económica, militar y política...Cuando se encuentra un abogado que maneja los asuntos jurídicos de los banqueros inversionistas estaremos frente a un miembro clave de la élite del poder..." (página 270).

SECCIÓN 1. PROPUESTA DE DEFINICIÓN

En base en las prevenciones y cautelas expuestas, tendríamos que intentar una definición no nominal, sino real, porque deberá definir su objeto, no mediante su etimología ni sus equivalentes semánticos, sino situándolo, como fenómeno real, en un contexto mayor, y aislando un cierto número de sus caracteres esenciales.

¿Es esto lo que conviene a un objeto como el 'derecho', que, como lo veremos a partir de una definición ostensiva, en su esencia pertenece al mundo real, al mundo social, al mundo humano? (cfr. Angelo **FALZEA**, obra y lugar cit.).

¿Cómo podemos mostrar, 'ostentar' o señalar el derecho dentro del conjunto de los fenómenos existentes? ¿a qué género de cosas pertenece? Y ya situado dentro de su género ¿cuáles serán sus características, que lo distinguirían de las otras especies? Este rumbo metódico había sido ya intentado entre nosotros latinoamericanos, desde 1939, por el exiliado republicano español don **Luis RECASENS SICHES** en su obra "*Vida humana, sociedad y derecho*" (Confr. la 3ª edic., Porrúa, México, 1952, pág. 21 y sigtes.), quien con ello adoptaba la visión sistemática (aunque no sus contenidos teóricos) de la '*Teoría del Estado*' de **Hermann HELLER**, aparecida en 1934. En efecto, **RECASENS** empieza preguntándose a cuál región del Universo pertenece el Derecho y, después de negar que pertenezca a la naturaleza física o a la psíquica, al ser ideal o específicamente al mundo de los valores, concluye (de acuerdo con **José ORTEGA Y GASSET**) con que el Derecho corresponde al ámbito de la vida humana (*genus proximum*) y lo define como "*vida humana objetivada*", a la cual atribuye después una serie de caracteres propios (*differentia specifica*) (véase, en la obra citada, de la página 93 a la 150).

Naturalmente que no entraré a analizar aquí las tesis del Profesor **RECASENS** sobre la esencia de lo jurídico, porque lo único que me interesaba al citarlo era mostrar que él, al igual que otros muchos, en pleno Siglo XX, utilizó también el mencionado esquema platónico. Sin embargo, me parece necesario hacer notar que la famosa 'vida humana objetivada' del citado autor español coincide en lo esencial con la noción de 'cultura', que había sido altamente

valorada y utilizada por el neokantismo decimonónico (Windelband, Rickert) pero sobre todo por **Wilhelm DILTHEY** (*Hombre y Mundo en los Siglos XVI y XVII*; FCE, México, 1947), y que va a ir convirtiéndose cada vez más en una categoría fundamental del pensamiento filosófico-social y sociológico moderno.

Dicha noción había sido resumida a fines del Siglo XIX en el campo de las Ciencias Sociales por el antropólogo **Franz BOAS**, con un sentido objetivo, como el **‘conjunto indiferenciado de costumbres, creencias e instituciones sociales que caracterizan a una sociedad’** (citado por Ward H. Goodenough en la antología de **J. S. KAHN**: *El concepto de cultura: textos fundamentales*; Anagrama, Barcelona, 1975; pág. 189); pero en época más reciente fue definida por el Profesor **E. A. HOEBEL** como

‘...la suma total integrada de rasgos de conducta aprendida que son manifestados y compartidos por los miembros de una sociedad (...) una serie de patrones integrados de conducta desarrollados a partir de los hábitos de las masas...’

(*¿“Qué es la cultura?”* en **Harry L. SHAPIRO**: *Hombre, cultura y sociedad*; FCE, México, 1975; págs. 231 y 235).

Ahora bien, me parece que las nociones citadas podrían llevar a suponer que, en general, las sociedades humanas son homogéneas (monoculturales), cuando la realidad histórica nos muestra numerosos casos de invasores que conviven con los antiguos ocupantes de un territorio, en una relación de prolongado contraste cultural; y también el caso de la división de clases en las sociedades del sistema capitalista, donde se ha podido observar, junto a fenómenos de asimilación y simbiosis, la formación de profundas brechas culturales entre las clases que las componen (Cfr. **Alexei LEONTIEV**: *El hombre y la cultura*, en **KOSIK – LEONTIEV – LURIA**: *El hombre nuevo*; Martínez Roca, Barcelona, 1973; pág. 60 y sigtes.); por lo que algunos sociólogos y antropocriminólogos no hablan en esos casos de una cultura única, sino de ‘pluricultura’ o de ‘subculturas’ (entre muchos: **Robert K. MERTON**: *Teoría y estructura sociales*; Fondo de Cultura Económica, México, 1965; pág. 184 y sigtes.; **Frederick M. THRASHER**: *La pandilla*; U.Chicago Press, Chicago, 1936); **Albert**

K. COHEN: “*Muchachos delincuentes. La cultura de las pandillas*”; Glencoe, Nueva York, 1955; **R.A. CLOWARD – L.E. OHLIN:** “*Delincuencia y oportunidades. Teoría de las pandillas delincuentes*”; Glencoe, Nueva York, 1960; **T. ROSZAK:** “*Nacimiento de una contracultura. Reflexiones sobre la sociedad tecnocrática y sobre la posición juvenil*”; Feltrinelli, Milán, 1971).

Sin embargo, aunque creo que la anterior observación es correcta y que, teóricamente, no puede afirmarse la unicidad cultural de toda comunidad, lo cierto es que para los efectos que aquí interesan, esa pluralidad cultural no nos impediría continuar utilizando en este libro la idea de un ámbito único de cultura (en sentido funcional) como el ‘genus proximum’ del fenómeno ‘derecho’, puesto que para la sociedad capitalista en que vivimos, se ha postulado acertadamente la presencia de una cultura que no es única, pero sí ‘hegemónica’, a la cual responde mayoritariamente el derecho estatal; puesto que, como hegemónica, para los efectos que nos interesan equivale funcionalmente a la unidad cultural (cfr. **Antonio GRAMSCI:** ‘*Americanismo y fordismo*’ en ‘Cuadernos de la Cárcel’; Era, México, 1987; Tomo 6), a la cual responde mayoritariamente el derecho estatal.

Entonces, según el criterio que me ha parecido más aceptable, entre tantos que existen, y procediendo también yo en la línea metódica del platonismo, pienso hacer una primera aproximación fenomenológica, con grado de hipótesis, a la intentada definición, diciendo que

el derecho es una manifestación compleja de la cultura humana, que se produce en la vida social a partir de una cierta etapa de la Historia. Aparece entreverado en las interacciones de los individuos singulares y los grupos; y asume la forma de una organización (una ‘formación económico-social’) capaz de imponer a sus miembros ciertas reglas y prácticas para la solución de necesidades humanas (definidas generalmente por la clase dominante); y el establecimiento de un orden de convivencia.

En la Sección siguiente vamos a estudiar separadamente cada una de las partes de que se compone la definición propuesta.

SECCIÓN 2. EL TODO HISTÓRICO-SOCIAL.

A) La primera parte de la definición (GENERO PROXIMO) sitúa al derecho dentro de un fenómeno más general, que lo contiene: **la cultura humana**; a lo cual ya me refería en páginas anteriores.

Pero ello implica que lo sitúa en el espacio-tiempo, lo cual impone la necesidad de precisar a cuál **sociedad humana, históricamente circunscrita**, nos referimos. Y aquí tengo que decir que no creo en la tesis, muy difundida, de que los humanos hubiéramos producido 'derecho' desde siempre y en toda circunstancia, es decir, desde el tiempo en que vivíamos en manadas, a la manera de como lo hacen todavía nuestros parientes los gorilas, los orangutanes y los chimpancés. Me parece necesario, en este punto, hacer algunas precisiones y distinciones.

En primer lugar hay que decir que muchos antropólogos (véase, por todos, el clásico **Lewis H. MORGAN**: *'La Sociedad Primitiva'*; Buenos Aires, 1946; y el contemporáneo **Claude LEVY- STRAUSS**: *'Las Estructuras Elementales del Parentesco'*; Barcelona, 1993) han compartido básicamente la idea de que la primera regla creada por el hombre es la prohibición del incesto: allí tendríamos, entonces, una pauta de conducta impuesta desde fuera, capaz eventualmente de contrariar los impulsos espontáneos de los individuos. Pero ese mítico momento no significa por sí, necesariamente, la primera "experiencia jurídica", ni mucho menos podemos afirmar que nos encontramos ante la primera "norma jurídica".

B) Más adelante, en los capítulos que tratan precisamente de las relaciones entre la experiencia jurídica, el ordenamiento jurídico y el sistema del derecho positivo, veremos que una pauta de conducta, para ser jurídica, requerirá la existencia de una **formación económico-social** dotada del **poder** de imponerla a los miembros del grupo; y esto implica la vigencia de una serie de condiciones que no posee la sociedad primitiva o prehistórica, tales como: el asentamiento del grupo en una determinada región, la posesión estable de poder material por parte de una élite, ejercido sobre los restantes miembros de la comunidad, una división del trabajo social adecuada a la condición anterior y al servicio de ella.

Y a estos elementos configurativos de la organización que llamamos 'formación económico-social' se refiere precisamente la segunda parte de la definición (DIFERENCIA ESPECIFICA) que hemos formulado, acerca del objeto de una posible ciencia jurídica.

De manera que, como observa el Prof. **Juan Ramón CAPELLA** ("*Fruta Prohibida: Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*"; Trotta, Madrid, 1997), la frase '**ubi societas ibi ius**' (donde haya sociedad, allí hay derecho) es sólo una generalización apresurada y anticientífica de siglos pasados, que ha tenido entre los juristas un apoyo tan generalizado como inmerecido. Porque lo cierto es que las formas societarias primitivas no conocieron "el derecho": repito, no todo grupo humano está en capacidad de vivir una "experiencia jurídica", ni de actuar un "ordenamiento jurídico" (que es, para ser más exacto, un 'ordenarse', es decir, una **actividad**, y no un aparato, o un ente, es decir: no es una **cosa**, como veremos más adelante). Según la opinión que me parece preferible, este 'ordenarse' surge en una etapa relativamente avanzada de la sociedad antigua, cuando el grado de estabilidad y complejidad de la organización y la división de la sociedad en grupos diferenciados (es decir, la consolidación de la "formación económico-social") plantea la necesidad de atribuir y garantizar a uno de ellos el poder y el saber sociales, asignando a la vez a los demás grupos los roles que constituyen su posición subordinada, particularmente en lo que se refiere al trabajo material (confr. **Federico ENGELS**: '*Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*'; Editorial Progreso, Moscú, 1976. Sobre este punto véase también **Karl OLIVECRONA**: '*El derecho como hecho*'; Labor, Barcelona, 1980; pág. 104 y sigtes.; y **Theodor GEIGER**: '*Estudios de Sociología del Derecho*'; Fondo de Cultura Económica; México, 1983; pág. 37, 113 y sigtes.). Desde otro punto de vista que aquí nos interesa sobremanera (el del Profesor **Giuseppe CAPOGRASSI**), se trata de la producción de la vivencia colectiva del derecho: la **experiencia jurídica**.

En ese contexto, ciertas pautas de conducta funcionales a dicha 'formación económico-social' pueden alcanzar el rango de **normas y principios** jurídicos, en cuanto se utilizan para ordenar y justificar el sí y el cómo del ejercicio del **poder**

por parte del grupo dominante, sobre los miembros del grupo dominado. Ello transforma al **poder**, de una fuerza intermitente, imprevisible y potencialmente ilimitada que era en la etapa prejurídica, en la fuerza regular que tendencialmente es en la etapa jurídica: relativamente previsible y cada vez más sometida a condiciones y límites.

Tal sería, para mí, como quien dice “a bulto”, el objeto de estudio de una posible Ciencia del Derecho, obtenido a través del método definitorio que recurre al género próximo y la diferencia específica. Método que nos da la oportunidad de observar que, entonces, ese objeto: el derecho, es un fenómeno histórico-social, aprehensible a través de los métodos propios de la Sociología y la Ciencia de la Historia (Historiología).

SECCIÓN 3. TÉRMINOS CLAVE: ORGANIZACIÓN, CULTURA, EXPERIENCIA JURÍDICA, ORDENAMIENTO JURÍDICO, SISTEMA POSITIVO.

En este momento inicial del discurso debemos destacar tres grandes categorías a estudiar en una teoría general del derecho desde el punto de vista realista: la experiencia jurídica, el ordenamiento jurídico y el sistema de derecho positivo.

Considerada en su totalidad, la actividad organizada (o lo que es lo mismo, la ‘vida organizada’ de una comunidad) aparece como algo objetivo, como ‘organización’, en la medida en que aquella actividad constituya “**experiencia jurídica**”, es decir, en la medida en que constituya la actividad humana colectiva de realización de los valores comunes. De no ser así, es decir, cuando la actividad de las personas los conduzca a un conflicto de valores (intereses), entonces debe intervenir el juez quien, a través de la sentencia que pone fin al proceso jurisdiccional, fijará en concreto el **ordenamiento jurídico**, es decir, el ‘orden’ en que deben proceder las acciones de aquellas personas específicas.

Entonces es importante reafirmar aquí, antes de seguir adelante, que de manera preferente queremos entender como ‘derecho’, en sentido estricto, lo que la doctrina moderna llama el **ordenamiento jurídico**, el cual es, en nuestra

opinión, una determinada **actividad humana** específica; y valga entonces la ocasión para subrayar que con el término 'derecho' no aludimos a una cierta clase de **normas** de conducta, en su conjunto (llamadas precisamente 'normas jurídicas'), tal como lo hace la doctrina tradicional. Y de ahí que, por consiguiente, para nosotros lo esencial jurídico es aquella especial y concreta actividad humana llamada '**ordenamiento jurídico**'; y que, entonces, la norma y otros efectos jurídicos, así como todos los fenómenos del género de las personas, las cosas, el contrato o el delito, son jurídicos por derivación.

Siendo así las cosas, el **ordenamiento jurídico** no es nunca abstracto, sino que consiste en (y se manifiesta como) un específico y concreto organizarse, como una peculiar organización (que Santi Romano llamó 'institución') representada idealmente en los principios y las normas abstractas del sistema positivo, pero que sólo alcanza existencia objetiva en ciertos comportamientos que son ordenantes más por virtud de su potencia simbólica que por su obligatoriedad efectiva, limitada a las partes del proceso (la sentencia del juez). Volveremos sobre el tema con más amplitud.

El concepto de **experiencia jurídica** engloba todo quehacer humano relacionado con lo jurídico: los actos negociales, los delitos, las penas, las sentencias, las leyes, las doctrinas, la administración pública, los impuestos, etc., etc. Se trata, como ya dijimos, de un concepto acuñado en 1930 por los jusfilósofos **Giuseppe CAPOGRASSI** y **Widar CESARINI SFORZA**, para describir el mundo de lo jurídico como algo dinámico y multiforme, en oposición a la visión normativista (incluida la kelseniana) que reduce el derecho a una pura forma abstracta e inmóvil. De manera que la experiencia jurídica está formada por todas las conductas que llamamos la 'convivencia': desde mi participación en la escuela, en el trabajo, en la familia, etc., hasta la actividad de la policía y los jueces, hasta la producción y difusión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un concepto totalizante, que sirve para explicar que hay un 'continuum' entre mis relaciones sociales, la producción de leyes, los actos de ordenamiento de los conflictos por parte de los jueces, los libros de los tratadistas, la enseñanza del Derecho, etc.

En vista de ello, la **experiencia jurídica** no se puede confundir con el '**ordenamiento jurídico**', aunque la primera es un fenómeno que, en términos de realidad social, abarca al ordenamiento. Se llama 'experiencia jurídica' en cuanto es esencialmente '**actividad vivencial de los valores de la comunidad**': es vida ordenada, pero no se agota en 'ordenamiento jurídico' por cuanto es mucho más que una actividad concretamente ordenante. En una obra relativamente reciente, el Prof. **Paolo GROSSI** ("El orden jurídico medieval", Pons, Madrid, 1996) nos explica que la expresión

"...Experiencia jurídica significa, de hecho, un modo peculiar de vivir el Derecho en la Historia, de percibirlo, conceptualizarlo, aplicarlo, en conexión con una determinada visión del mundo social, con determinados presupuestos culturales; significa, por tanto, un conjunto de elecciones peculiares y de soluciones peculiares para los grandes problemas que supone la creación del Derecho en conformidad con los distintos contextos históricos..." (p. 45)

Obviamente tampoco se puede confundir la **experiencia jurídica** con el '**sistema del derecho positivo**' porque éste no es más que el conjunto de las normas y principios derivables de los textos normativos vigentes en la comunidad, en términos abstractos (Constitución, códigos, etc.); mientras que la experiencia jurídica no es un discurso abstracto, sino, como hemos visto, un acontecer humano real. Debemos ahondar un poco estas ideas:

i). El llamado 'sistema del derecho positivo' es el resultado de un esfuerzo por ordenar y calificar idealmente las actividades sociales que, por eso, constituyen experiencia jurídica. Es algo así como los planos de una 'obra de ingeniería' que los hombres, a través de los siglos, hemos ido aprendiendo a hacer de manera cada vez mejor. De manera que podemos decir que un producto como el 'Código Civil' es algo así como el plano de una construcción tentativamente racional de un sistema (sectorial) de Derecho positivo. Pero entonces sólo se trata de eso: de un 'plano' de las conductas deseables dentro de circunstancias posibles: la vida real de la gente se aproximará poco o mucho a ese sistema abstracto.

ii). Por su parte, como lo explicamos antes, el concepto de 'experiencia jurídica' engloba tanto al sistema abstracto como a la vida real, más o menos caótica u ordenada, de la sociedad humana.

Tampoco puede haber confusión, después de las explicaciones anteriores, entre el concepto de **sistema del derecho positivo** (o, lo que es igual, sistema de las normas y principios jurídicos 'vigentes') y el de **ordenamiento jurídico**, por mucho que la doctrina dominante los haya tratado persistentemente como sinónimos. Debemos recordar que el primero se refiere a normas y principios abstractos, mientras que el segundo es, repito, un específico y concreto 'ordenar' la conducta humana.

Para ampliar en los conceptos de **experiencia jurídica y ordenamiento jurídico**, en el sentido que aquí asignamos a esos términos, véase las obras del filósofo **Giuseppe CAPOGRASSI** (en particular "*Estudios sobre la experiencia jurídica*" y "*El problema de la Ciencia del Derecho*" en "Obras", Giuffrè, Milán, 1959; Tomo II); del jurista **Salvatore SATTA** (entre muchos: "*El proceso en la unidad del ordenamiento*" en "*Soliloquios y coloquios de un jurista*", Ejea, Buenos Aires, 1971, Tomo III, pág. 133); del historiador **Riccardo ORESTANO** ("*De la experiencia jurídica vista por un jurista*", recogida en el libro "*Derecho: encuentros y desencuentros*", Il Mulino, Bologna, 1981; e "*Introducción al Estudio del Derecho Romano*", Il Mulino, Bologna, 1987, p. 353 y sigtes.).

ANEXO. SOCIALIDAD, HISTORICIDAD Y COMPARATIVIDAD DEL DERECHO

Estoy convencido de que esperar que un estudiante de nuestra Facultad comprenda clara y profundamente el fenómeno jurídico en sus diferentes manifestaciones, sin tener un conocimiento consistente de la Historia Universal, la Historia de América Latina y la Historia de Costa Rica, y sin tener una perspectiva científico-social del mundo que lo rodea, es como pretender que un alumno de la Facultad de Físico-Matemática entienda la Astrofísica sin entender el Álgebra, la Óptica o la Electricidad.

¿Serán así las cosas, o estoy haciendo una pura alharaca? ¿En cuáles razones sustento la afirmación de que una disciplina científica socio-histórica es indispensable en la formación del jurista?

Simplificando mucho, yo diría que una formación socio-histórica rigurosa nos permite tomar conciencia de que las situaciones presentes no se deben al azar, sino que son resultado de procesos históricos en marcha que hay que desvelar e interpretar, para comprender el presente; asimismo hace posible una comprensión más profunda de lo jurídico por medio de la comparación y el contraste de textos, instituciones y culturas provenientes de sistemas jurídicos distintos; y también nos permite tomar conciencia de que los fenómenos sociales, tal como se nos aparecen, esconden segundos y terceros planos que operan y presionan desde lo oculto, y que es preciso identificar, usando los métodos adecuados, para descifrar lo real detrás de lo aparente. La Sociología Criminal, para poner un ejemplo, utilizando la metodología de las ciencias sociales, descubrió que en multitud de casos la criminalidad que aparentemente cometían los jóvenes pertenecientes a cierto estrato social, era en realidad el producto de un previo mecanismo de etiquetamiento puesto en marcha por parte del Estado; y la Criminología Crítica (que es básicamente Sociología) puso al descubierto la distancia entre las cifras reales de la criminalidad y la desmesurada percepción de la misma que tenían los ciudadanos, inducida por los *mass media* y las agencias estatales para respaldar políticas represivas. Tales primores no son percibidos por la gente, que sólo capta la apariencia, ni tampoco durante el desarrollo de las actividades de jueces, fiscales o abogados, ni en los informes de las Academias de Derecho Penal, sino que fueron develados a partir de las hipótesis y mediante los métodos de la Ciencia Social.

Entonces ¿cómo pueden el juez, el legislador, el fiscal, operar sobre los destinos de las personas sin los recursos de una formación socio-histórica rigurosa? Lo sabemos: apelando a pseudo-conocimientos mundanos, viciados de prejuicios; a la llamada “malicia indígena”; o jugando al ensayo y error a costa de las personas, etc. ¡De puro milagro salen bien algunas cosas, en medio del estropicio general!

¿Por qué una semejante deficiencia, que sería absolutamente inconcebible en la Facultad de Físico-Matemática, ha pasado desapercibida por lustros y decenios en la Facultad de Derecho? La respuesta es sencilla: la Madre Naturaleza no engaña ni perdona: si el ingeniero no sabe, lo normal es que el puente se venga abajo; si el médico no sabe, lo normal es que el paciente empeore.

En suma, las ciencias naturales no pueden avanzar, ni apoyar sus técnicas aplicativas, sin conocimientos verdaderos, sin microscopios y espectroscopios que funcionen. Mientras que en el campo del Derecho, como siempre lo recordaba mi maestro Salvatore Satta: **“el ordenamiento jurídico no puede no concretarse”**. Mal o bien, a trancos y barrancos, la sociedad humana tira hacia adelante: con buenas teorías jurídicas, o con falsas teorías tenidas como buenas; con legisladores sabios, o ignorantes tenidos por sabios; con jueces doctos o estultos; con sentencias justas o con sentencias cuya iniquidad no alcanzamos a apreciar, por padecer de una incapacidad adquirida que tomamos por capacidad.

He aquí por qué razón la ausencia de conocimientos históricos y sociológicos de nuestros graduados no ha provocado que se nos caiga encima el edificio de la Facultad de Derecho. Todo parece ir bien, pero eso es debido a que el mundo jurídico ha sido reducido por el Formalismo reinante a un mundo de letras y en el mundo de las letras el papel aguanta lo que le pongan. Pero cuidado: al final de las cuentas, más allá de los umbrales de la apariencia literal nos espera la insobornable realidad. La mala formación de los juristas, aunque no precipitará sobre nuestras culpables cabezas el edificio de la Facultad, ¡es una de las causas por las cuales se nos está cayendo encima el entero País!

Muchas naciones desarrolladas procuran arduamente que el estudiante de jurista comprenda el rol civilizatorio y la continuidad histórica del fenómeno Derecho, en la forma como aparece entreverado en estructuras sociales que se van transformando bajo el impulso de diversos factores; porque, precisamente, la comprensión de la sociedad humana en su organización y en su devenir histórico es la sola vía que conduce al más cabal entendimiento del Derecho y sus instituciones.

Pero esto no ocurre en casi ninguno de los países de América Latina: en ellos, como pasa también en Costa Rica, la Historia, la Sociología, el Derecho Comparado y otras disciplinas sociales tuvieron siempre una presencia débil, prácticamente decorativa, en la Carrera de Derecho de las Universidades Públicas, y suelen estar completamente ausentes en las Privadas, donde siguen prevaleciendo criterios reductivos y pragmáticos.

De cierta manera, en el Pasado era comprensible dicha situación en facultades muy conservadoras, que se quedaron ancladas en una visión pre-sociológica del Derecho; pero resulta inadmisibles en los tiempos que corren: ignorar irresponsablemente estas cosas por inercia o negocio, permitiendo con ello la proliferación y el empoderamiento de una falange rampante de indoctos que crece en número y en ineptitud, y que se postula (atrevida es la ignorancia) para acceder a los cargos más sensibles de la sociedad y del Estado, es, en mi opinión, una de las causas del derrumbe que por todas partes estamos presenciando en Costa Rica; y constituye, por lo demás, una gravísima responsabilidad de las universidades.

Esta situación de carencia, que para mí es tan grave (He abogado por su solución desde 1968) ¿cómo la han apreciado los colegas de las distintas generaciones con quienes he tenido que discutirla? Generalmente los colegas profesores concuerdan en el diagnóstico, pero retroceden ante el remedio; porque, allá en el puro fondo la falla o carencia no les parece tan grave. Y no nos parece tan grave (me incluyo) porque nosotros mismos llevamos la tara por dentro, y no sentimos que nos haya hecho tanto daño porque lo contrario sería admitir que sufrimos de severas limitaciones en nuestra propia formación.

Por cierto que resultaría una ingenuidad creer que la ominosa situación por la que atraviesa el País se puede conjurar modificando estructuras, planes de estudio y bibliografías en la Facultad de Derecho. Obviamente no es así: las consecuencias de nuestros errores pedagógicos, didácticos, metodológicos perpetuados durante décadas no se quedaron quietecitas dentro del ámbito de la Facultad, sino que desde hace tiempo y ahora mismo se manifiestan por todas partes: en la Corte Suprema de Justicia y en los demás tribunales; en la Asamblea

Legislativa, en los Ministerios y en las Entes menores, en los Organismos Internacionales, en el Foro, en las propias aulas de la Facultad.

En efecto, el mejor esfuerzo por implementar los más acertados remedios en el ámbito de la Academia operará en todo caso en dirección al futuro; de modo que los males presentes tendremos que combatirlos con otros recursos, a como se pueda: profundizando la conciencia democrática del pueblo; denunciando la corrupción, la arbitrariedad, la chapuza y la irresponsabilidad; sembrando la transparencia y la austeridad con la palabra y con el ejemplo.

Pero ciertamente, como creo haber demostrado, una de las causas del mal ha estado y está en la Academia; y por eso es imperativo combatirla en el terreno académico, proveyendo las reformas del caso en los Reglamentos respectivos.

Marchemos, alumnos y profesores, hacia una Facultad excelente, comprometida con su Pueblo.