El derecho: una visión desde la historia y la ciencia social

El derecho es un fenómeno social y un producto cultural. Por ello está condicionado por factores como el conocimiento científico, el progreso de la tecnología, así como por diversas circunstancias del complejo contexto mundial en el que vivimos.

Bolfy Cottom
(con la colaboración de Claudia Zavala)

La palabra "derecho" connota la idea de rectitud; se relaciona con lo que se ajusta a una regla establecida y a la vez parece también referirse a aquello que se mueve hacia un punto determinado. Si la asumimos como la o las reglas establecidas, esta visión debe ubicarse y contextualizarse en el ámbito de la búsqueda de valor de dichos preceptos. Pero esta perspectiva no puede dejar de lado el momento actual por el que atraviesan nuestros países, sobre todo del tercer mundo, en los cuales esta visión del derecho ha sido ampliamente cuestionada, ya que la referencia al derecho en este contexto también denota corrupción, selectividad, incapacidad e incluso injusticia de parte de aquellas instituciones del Estado encargadas de hacerlo cumplir. Sin embargo, pese a este matiz de suma importancia, el interés aquí es muy modesto y consiste en aproximarnos a la importancia de este campo de la ciencia social, sobre todo lo que en algún sentido ha sido su proceso de construcción histórica, sin pretender por mínima que sea una historia del derecho.

En tal entendido, si atendemos a la etimología de la palabra, el vocablo "derecho", toma su origen de la voz latina *directum* o de la palabra *regere*, que expresa la idea de algo que es dirigido y que por lo tanto está sometido a una fuerza rectora, a un mandato. La voz latina *jus* con la que se designa en Roma el concepto de derecho, es una contracción de *jussum*, participio del verbo *jubere* que significa "mandar" (Galindo, 1973).

En esta lógica, el término *mandar* evoca a alguien que ordena, frente a otro u otros que obedecen o están sometidos al mandato. Estas referencias elementales no sólo nos ubican en el horizonte temático, sino que buscan hacerlo comprensible.

De acuerdo con el maestro Galindo Garfias, en el ámbito del derecho se halla esta idea de sometimiento desde la perspectiva de que nuestra conducta se desarrolla para alcanzar fi-

nes determinados, y como quiera que sea, cada uno de nosotros, al pretender conseguir nuestros propios fines, nos encontramos en relación con otros individuos con quienes convivimos dentro de un grupo social o una sociedad determinada.

Esa convivencia social impone necesariamente que nuestra conducta haya de estar ordenada por una autoridad que establece reglas, normas que deben ser acatadas con el objeto de lograr un fin común a la colectividad.

Todo este conjunto de normas abarca una serie de sistemas normativos como pudieran ser el religioso, el moral, el de los convencionalismos sociales y el jurídico, que es el que aquí nos interesa. Así, entonces, una definición común del derecho, como la que presenta la Enciclopedia Salvat, dice que éste es un conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad, y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza.[1]

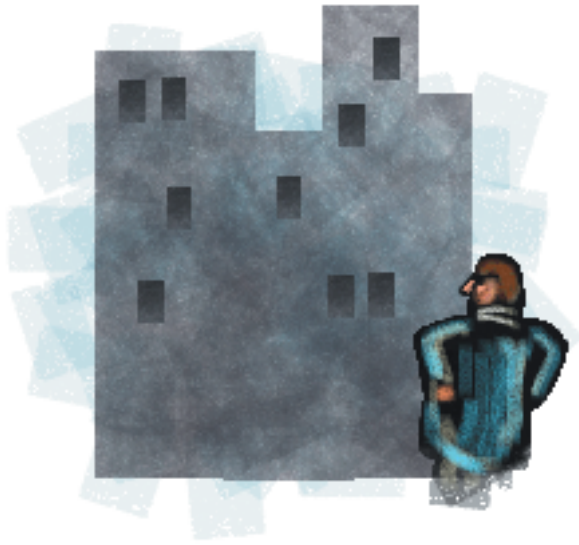
Sin duda, como esta definición existen muchas más en las que quizás se enfaticen de manera más clara los aspectos estrictamente técnicos; sin embargo, la definición conceptual antes citada me parece útil para referirse al derecho desde una perspectiva de la ciencia social, ya que reúne todos aquellos elementos que tienen que ver con el aspecto antropológico, histórico e institucional de la sociedad como fenómeno.

El concepto de derecho forzosamente se relaciona con la idea de sociedad o grupo social organizado

SOBRE SU ORIGEN Y DESARROLLO

La regla jurídica, como precepto de observancia obligatoria, es pues una consecuencia de la vida en común de los individuos miembros de un cierto grupo social.

La exigencia de una reglamentación imperativa de las relaciones humanas aparece en el momento mismo en que surge dentro del grupo la organización de la familia, el clan, la tribu y la reunión de estas últimas que van a constituir la ciudad (Galindo, 1973, pág. 16). Es decir, entonces, que, el concepto de derecho forzosamente se relaciona con la idea de sociedad o grupo social organizado. En tal sentido, el derecho constituye un producto de la organización social, es decir un producto cultural que explica su particularidad o forma de expresión a partir de la diversidad de las distintas culturas. Incluso hay quien plantea que el derecho es connatural al ser humano en cuanto éste no puede prescindir de la vida de relación con los demás miembros del grupo social cuando ha alcanzado un cierto grado de evolución.



En dicha lógica, referirnos al derecho como fenómeno social es asumir que éste ha sido una de las aportaciones más significativas de la propia humanidad, en su necesidad de interrelacionarse y buscar convivir con sus semejantes y con la naturaleza misma. El derecho, constituye, entonces, una de las instituciones más importantes en la dinámica de las sociedades, porque sea cual sea su expresión, como lo reconoce la propia ciencia jurídica, busca como fin inmediato garantizar la convivencia social, estableciendo alcances y límites en estas relaciones, sin olvidar su fin último que es la consecución de la justicia.

Pero partiendo de la idea de producto cultural, el derecho (como antes lo expresé) es también diverso en sus expresiones y, por lo menos dos se consideran como los mayores sistemas jurídicos: el derecho positivo y el consuetudinario. En nuestro caso es el sistema de derecho positivo el que es reconocido formalmente por el Estado Mexicano, aunque en los últimos tiempos ha habido un avance en el reconocimiento por parte del propio Estado del derecho del uso y la costumbre, relacionado fundamentalmente con los pueblos y comunidades indígenas.

En los últimos tiempos ha habido un avance en el reconocimiento por parte del propio Estado del derecho del uso y la costumbre, relacionado fundamentalmente con los pueblos y comunidades indígenas

Partiendo de esta base planteo algunos elementos de carácter histórico y antropológico que nos indican de alguna manera el proceso de conformación del derecho actual.

Para el caso de Occidente, el trasfondo histórico de las instituciones jurídicas concretas se recupera tanto al examinar la historia de los principales acontecimientos jurídicos, como al poner de relieve el aspecto jurídico de los principales acontecimientos históricos.

En algunas ocasiones y casos específicos, hay una coincidencia cronológica entre los dos fenómenos: por ejemplo uno de los aspectos de la penetración europea en extremo Oriente es la recepción de los códigos de tipo europeo continental en Japón y China. En épocas en las que la historia va más despacio, en cambio, el desfase entre el acontecimiento histórico y su reflejo jurídico puede ser de siglos. El ejemplo más claro viene dado quizás por el comienzo de la época moderna en la historia general y en el derecho. En los siglos XV y XVI, los grandes descubrimientos geográficos marcan el inicio por lo menos formal de la época moderna. En este contexto, sin embargo, vemos que el derecho quedó al margen de las grandes vicisitudes culturales de aquellos siglos, los cuales fundamentalmente fueron el Renacimiento y la Reforma protestante, por el hecho de que aquel continúa operando con los esquemas heredados del derecho romano. Así, el derecho cambiará solamente cuando la tradición romanista va a ser profundamente renovada. A través de las relaciones de producción, las tierras feudales se convertirán en comunales; además, para poder ejercer una profesión no es ya obligatorio pertenecer a una corporación; la manufactura está en sus comienzos; en el plano social cesa la servidumbre de la gleba y comienza la emancipación de los judíos; en el derecho penal, desaparecen las formas más crueles de pena de muerte y "se abandona progresivamente la tortura judicial".

Así entonces, con la Ilustración comienza la época moderna del derecho; fue la polémica contra el derecho romano la que caracterizó al siglo XVIII y que tuvo como efecto práctico la sustitución de aquel derecho por las nuevas codificaciones europeas. Así, después de Federico el Grande (1740-86), Prusia se rigió por el *allgemeines Landrecht* de 1794 y por el código penal de 1805; después de José II (1741-90), el imperio austrohúngaro se rigió por el nuevo derecho penal de 1803 y el nuevo derecho civil de 1811; y después de la Revolución Francesa, Francia conoció la legislación napoleónica entre 1804-1810

(Losano, 1982). Es justo reconocer que las ideas de aquellos textos legislativos no sólo se siguen conservando en los derechos vigentes actuales, sino que en varios casos forman parte de la base de dichos derechos.

LA INFLUENCIA JURÍDICA EUROPEA EN NUESTROS PUEBLOS

Es notoria en la historia la enorme influencia colonizadora que fuera de Europa han tenido los europeos, sostenidos sin duda por su fuerte evolución científica y su superioridad económica y militar frente a otras civilizaciones.

Así entonces el derecho europeo debía ser superior, porque se pensaba que provenía de pueblos que eran superiores en los ramos antes mencionados, o por lo menos eso se creía. Lo cierto es que esas ideas lo único que generaron fue un absurdo eurocentrismo que llevó a cometer severas agresiones e injusticias en la calificación de los derechos distintos a los europeos.

En esta lógica, el eurocentrismo jurídico nace en realidad con la imposición del modelo europeo de desarrollo económico a países regidos por economías primitivas, de tal manera que era inevitable que los derechos locales se juzgaran inadecuados, es decir inferiores o costumbres endemoniadas, según se juzgarían en el siglo XVI para el caso de la Nueva España. Pero no hay que olvidar que en algunos casos el derecho europeo se une al local, sobre todo para regular un régimen de intercambios económicos desconocido por la economía autóctona.

Pero una conclusión mínima que puede extraerse de este último planteamiento tiene que ver con el hecho de que no existe un sistema jurídico intrínsecamente mejor que otro: únicamente existen derechos adecuados a su tiempo histórico y a su dinámica cultural que implican sus relaciones de producción y de propiedad.

No existe un sistema jurídico intrínsecamente mejor que otro: únicamente existen derechos adecuados a su tiempo histórico y a su dinámica cultural que implican sus relaciones de producción y de propiedad

EL SUSTENTO CIENTÍFICO DEL DERECHO

Una condicionante a la que se encuentra sometido el derecho como fenómeno social, como producto cultural y como parte del conocimiento científico, es el progreso de la tecnología. Pero a su vez la tecnología y la ciencia como tal, también son utilizadas por el derecho, es decir le sirven de alimento constante en su enorme desafío de no quedar rezagado a los avances sociales en general, como ya antes se señaló. Pero esta utilidad que el derecho encuentra en los avances científicos se da fundamentalmente en dos vertientes: los descubrimientos y la

conceptualización, tanto propia como de otros campos del conocimiento.

Sobre el primero, un ejemplo lo constituye el Tratado de Tordesillas, con el que en 1494 el papa Alejandro VI consiguió poner fin a los desacuerdos entre España y Portugal, que en ese entonces se encontraban en su auge expansionista. Basándose en la idea de que la Tierra era plana, aquel tratado estableció que el Atlántico fuera cortado a 370 leguas al oeste de Cabo Verde por una línea imaginaria perpendicular al ecuador: España podría expandirse al occidente de aquella línea y Portugal al oriente.

Según Losano (1982, pág. 40) aparte del casual descubrimiento de Brasil en 1500, por un error de ruta de Pedro Alvares Cabral, que intentaba circunnavegar África para llegar a la India y abrirla al comercio, los portugueses fundan las bases de Goa, de la península de Malaca (1509), de Indonesia (1511), de Macao (1514) y, en fin, del Japón. Sin embargo, en 1521 Magallanes consiguió circunnavegar la América meridional y por aquella vía los españoles llegaron a las Filipinas, navegando siempre hacia el oeste de la línea trazada por el Tratado de Tordesillas. Ahí encontraron a los portugueses que habían llegado de un modo igualmente legítimo, navegando siempre hacia el este de la misma línea. Con esta circunstancia de avance del conocimiento, vía un descubrimiento, quedaba superada aquella idea de la Tierra plana que sin duda modificaría los planteamientos jurídicos.

Antes de la escritura, el derecho se limitaba a las costumbres locales y estaba profundamente ligado a la memoria del hombre y sus capacidades expositivas

En otro caso, tenemos el planteamiento de Amari (1969), quien señala lo siguiente: la comunicación es medio supremo de recíproco progreso, incluso entre aquellos que están en el mismo grado de civilización…, la primera vez que dos tribus salvajes realizaron un trueque, adquirieron una idea y una facultad que antes no tenían y por eso dieron un paso, aun imperceptible, en la vía de la civilización; en tal circunstancia quedaba matizada la teoría sobre la génesis de la civilización y sobre la circulación del progreso, que sería dativa y no nativa.

Pero tal planteamiento nos indica el condicionamiento que tiene el derecho y la propia historia de la humanidad, por las tres revoluciones: 1) de la escritura, 2) de la imprenta, y 3) de la ordenación electrónica de los datos, cibernética y robótica.

Antes de la escritura, el derecho se limitaba a las costumbres locales y estaba profundamente ligado a la memoria

del hombre y sus capacidades expositivas. Como la escritura era originariamente desconocida en Islandia (por ejemplo), un orador del derecho germánico recitaba de memoria partes de las normas en vigor, de manera que las personas reunidas pudiesen conocerlas y conservar memoria de ellas.

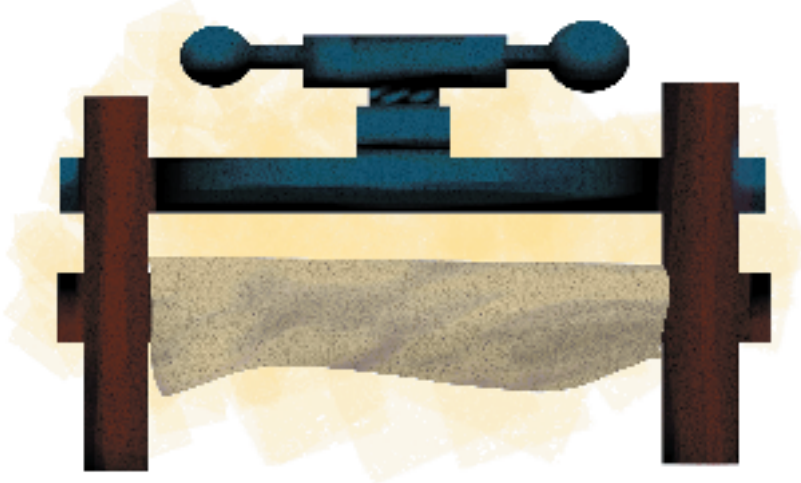
La escritura vendrá entonces a resolver el problema de la conservación de las normas consuetudinarias (que punto aparte son el origen de todo derecho), cuya formulación se resuelve en tanto que queda fijada o codificada. En esta lógica, encontramos una de las más importantes e impresionantes manifestaciones de una codificación arcaica que es la gran inscripción de Gortina en Creta (finales del siglo VI a. C.) que reproduce parte del código gortino sobre la muralla del mercado, de manera que todos pudieran conocerlo. Es importante señalar que prácticamente siempre se estableció un carácter sagrado a los textos *fijados*, por lo que estos dos elementos establecieron el elemento de definitividad que faltaba en el derecho.

LA DIFUSIÓN DEL DERECHO

Un dato que vale la pena rescatar es el que se refiere al importantísimo papel que ha jugado la imprenta en la difusión del derecho. Es decir, que la aparición de este avance tecnológico mucho tuvo y sigue teniendo que ver con la existencia de normas escritas. Recordemos, por ejemplo, que la imprenta prácticamente fue la condición técnica para la reforma protestante, ya que aquel movimiento significaba que sólo podía plantearse la libre interpretación de las sagradas escrituras si éstas podían ser difundidas a un precio compatible con la renta media de una determinada época. Mientras cada ejemplar de la Biblia requería rebaños completos transformados en pergaminos y el trabajo de toda la vida de un amanuense, en tal circunstancia la solución más práctica era la interpretación centralizada e indiscutida (Losano, 1982, pág. 42).

En esta misma lógica en el derecho, la imprenta es la condición técnica para la superación del derecho consuetudinario y para su sustitución por normas específicas reguladoras de un número creciente de sectores. Es posible decir que en Europa estas normas escritas y difundidas gracias a la imprenta contribuyen a lo que yo llamaría la globalización (desde entonces) de las actividades económicas, y abren en buena medida el camino al Estado nacional y sus codificaciones jurídicas, sin olvidar que en ello también influye tanto el individualismo como la interdependencia burguesa, que en ese momento eran favorecidos por el movimiento de reforma protestante.

Este contexto es fundamental para entender el momento actual del derecho, independientemente de su organización y expresión, ya que es en este marco histórico que empieza a ampliarse la esfera de influencia del Estado, lo que a la



larga provocaría una legislación tan extensa que en muchas ocasiones resulta impracticable y en otros casos, paradójicamente, insuficiente, por lo que implica la amplísima actividad humana.

SOCIEDAD, DERECHO Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO

Partiendo de la base anterior que nos lleva a una enorme complejidad, sin duda el derecho –como una de las instituciones que conforman el entramado social– va enfrentando mayores desafíos en la medida que avanza en su conocimiento. Por ello, han surgido una serie de disciplinas y enfoques teóricos que se han abocado a estudiarlo y explicarlo. Así, podemos dar cuenta de algunas de estas disciplinas especializadas que en el amplio campo de las ciencias sociales desarrollan esta labor, por ejemplo:

El historicismo: este enfoque pone en primer plano la investigación de las ideas e instituciones jurídicas, hasta sus mismas raíces históricas. El énfasis historicista conlleva dos objetivos: a) el primero busca que el estudio histórico sea un modo de identificar los anacronismos jurídicos, en especial cuando se trata de argumentar con base en reglas o conceptos recibidos; b) el segundo objetivo se encamina a lograr que el análisis de una tendencia histórica subyacente pueda aportar un contexto adecuado para la interpretación de los acontecimientos contemporáneos. En esta corriente teórica podemos ubicar tanto a Henry Maine como a Max Weber.

La principal significación del instrumentalismo es que estimula la incorporación del conocimiento social al derecho, pues si las leyes son instrumentos, deben estar abiertas a la interpretación y a la revisión a la luz de las circunstancias cambiantes

El instrumentalismo: esta disciplina plantea la valoración del derecho conforme a propósitos o fines sociales definidos. De este modo, invita a un estudio detenido de lo que el derecho es y significa en realidad. Podría decirse que la principal significación del instrumentalismo es que estimula la incorporación del conocimiento social al derecho, pues si las leyes son instrumentos, deben estar abiertas a la interpretación y a la revisión a la luz de las circunstancias cambiantes. En esta corriente puede ubicarse a autores clásicos como Jeremy Bentham y Rudolf von Jhering.

El antiformalismo: plantea que una jurisprudencia que acentúa la pureza del derecho como un sistema formal es falible por dos razones: en primer término, las normas jurídicas son necesariamente abstractas y generales; hay siempre una considerable distancia entre un sistema de normas generales y su cumplimiento, aunque sea sólo por el hecho de que las normas se aplican por agentes humanos que tienen sus intereses y problemas propios. En segundo término, toda contemplación del orden jurídico como un sistema aislado lo separa injustificadamente del

entorno en que se encuentra envuelto. En suma, puede afirmarse que insistiendo en su crítica de las abstracciones jurídicas, el enfoque antiformalista conduce con facilidad a una disminución de la importancia y efectividad de las normas legales. En esta corriente se ubica la obra de Eugen Ehrlich.

El pluralismo: esta corriente plantea que el derecho está siempre presente en la costumbre y en la organización social, de tal manera que es en las regularidades de la vida colectiva donde encontramos el derecho vivo. En consecuencia, este punto de vista es algo más que una llamada a una más estrecha relación del derecho con la práctica social; es una aserción de que los elementos jurídicos que infunden autoridad a la ley han de buscarse en las realidades de la vida del grupo. En otros términos, según Selznick, pone en cuestión la pretensión del Estado de ser el único receptáculo de la autoridad jurídica. En mi concepto, sobre todo con aportaciones como las de René Kupé, el pluralismo se ha reconceptualizado y en el contexto actual ha jugado un papel preponderante sobre todo en las discusiones actuales respecto de la diversidad cultural, de manera particular en aquello que tiene que ver con los derechos indígenas, proponiendo que en el contexto histórico actual debiéramos buscar el reconocimiento formal, por parte del Estado, de un pluralismo jurídico. Es decir, formalizar la vigencia de distintos sistemas jurídicos, ya que en las circunstancias actuales un solo sistema ya no garantiza la atención a la diversidad problemática en la sociedad.

La antropología jurídica: precisamente, desde mi punto de vista, la antropología jurídica ha sido la especialidad que más ha aportado elementos para el surgimiento y consolidación de un sistema pluralista, jurídicamente hablando. Esta corriente, surgida fundamentalmente dentro del desarrollo de la ciencia antropológica, se ha abocado a estudiar los derechos de las minorías étnicas o de los pueblos indígenas, en el caso de América Latina. No son menores la contribuciones en el caso de México de autores sólidamente reconocidos como Rodolfo Stavenhagen, quien incluso mucho ha aportado a instituciones de carácter internacional. En mi perspectiva, creo que en más de un sentido resulta reduccionista la definición teórica de la antropología jurídica, ya que la estrecha vinculación entre la ciencia antropológica y la jurídica es mucho más amplia, por lo que reducirla únicamente a el problema de los derechos indígenas quizás limite esa relación. Como quiera que sea es un asunto que habrá que seguir discutiendo.

La sociología jurídica: su propósito general es la extensión del conocimiento en lo que atañe a los fundamentos del orden jurídico, la pauta de la ciencia jurídica y la contribución del derecho a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones sociales. Para la sociología, el contexto social está por encima del derecho como tal: así, su indagación consiste en ubicar al derecho fuera de su esfera convencional. Podría afirmar que la sociología jurídica subsume al derecho dentro de categorías más amplias como pudieran ser el control social o el orden social. Una de las críticas planteadas a esta perspectiva consiste en que en buena medida no ha explicado lo específicamente jurídico dentro de las categorías más amplias.

La antropología jurídica ha sido la especialidad que más ha aportado elementos para el surgimiento y consolidación de un sistema pluralista, jurídicamente hablando

La especialización jurídica: finalmente, es preciso recordar, como antes lo indiqué, que la realidad misma ha enfrentado al derecho, o a la inversa, de tal suerte que esta disciplina científica en tanto que se aboca a la conducta humana (independientemente de sus múltiples definiciones teóricas o sus usos como bien ha

explicado el maestro Tamayo Salmoran) ha tenido que evolucionar al igual que el resto de las disciplinas que conforman la ciencia social. Esto explica por qué, de manera continua, han surgido especializaciones estrictamente jurídicas partiendo de las clásicas como pudiera ser el derecho civil, penal, mercantil, administrativo, constitucional, laboral, de amparo, etcétera. Hoy la complejidad social relacionada con la propia interacción con la naturaleza ha llevado incluso a que surjan especialidades como el derecho ecológico, o incluso se habla del derecho cultural; del patrimonio cultural y el educativo, por ejemplo.

Pese al enorme caudal de especializaciones, no es difícil imaginar que otras nuevas habrán de surgir, en el afán de responder a la cada vez más compleja realidad social tanto a nivel nacional como internacional. Así pues, espero que el propósito de presentar una aproximación a un amplísimo mapa legal se haya cumplido y genere interés por seguir investigándolo.

Bibliografía

Amari, Emérico (1969), *Crítica di una Scienza delle legislazioni comparate*.
Covian, Miguel (2000), *Teoría constitucional*, México, CEDIPC.
García Maynes, Eduardo (1940), *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, reimpresión 2000.
Galindo y Garfias I. (1973), *Derecho civil*.
La Enciclopedia, vol. 6, Salvat Editores.
Losano, Mario (1982), *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate.
Maine Henry (1980), *El derecho antiguo*, Extemporáneos, México.
Pokorny J. (1985), *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, traducción de Rolando Tamayo Salmorán, UNAM.
Stavenhagen, R. (1988), *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México.
Weber, Max (1984), *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.

Bolfy Cottom es investigador de la Dirección de Estudios Históricos del INAH. Su línea de investigación está enfocada al derecho, la cultura y la educación. Actualmente es coordinador general del seminario permanente de investigación: "Antropología, historia y legislación".
bolfy@axtel.net

Página tomada de *Tractatus de Privilegiis*. Biblioteca Antonio Caso de la Facultad de Derecho de la UNAM.

ANDREAE TIRAQVELLI

I. C. PRAESTANTISSIMI,

AC IN SENATV PARISIENSI

olim Consiliarij Regij.

TRACTATVS DE PRIVILEGIIS

PIAE CAVSAE

VNA CVM LOCVPLETISSIMIS ADDITIONIBVS
nunquam alias impressis Solertissimorum Virorum

IO. ALOYSII RICCII I. C. ET NEAPOLITANI

PATRITII, EPISCOPI VICI EQVENSIS,

AC

IOANNIS BAPTISTAE DE THORO

I. C. NEAPOLITANI.

ACCESSIT PRAETEREA SVMMA PRIVILEGIORVM

Piarum Causarum, Decisionibus plurimorum Tribunalium locupletata opera, atq; industria eiusdem IO. BAPTISTAE DE THORO congesta; & Singularia quædam eidem materiæ conferentia superaddita, cum Argumentis, & Indice opportuno.

NECNON TRACTATVS ALTER DE INCERTIS, AC MALE Ablatis, à IO. MARIA NOVARIO I. C. LVCANO, vna cum Summarijs, ac Indice congestus.

OMNIBVS IVRIS PROFESSORIBVS IN QVOVIS FORO VERSANTIBVS Opus sanè vtile, & necessarium.

I

SVPERIORVM PERMISSV, & PRIVILEGIO REGIO.

NEAPOLI, Ex Typographia, & sumptibus Dominici Maccarani MDCXXX.