Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 208
AÑO LXVIII
JULIO - DICIEMBRE 2000
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL DERECHO COMO FENOMENO DE LA CULTURA (ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS IDEAS DE HELMUT COING SOBRE UN PUNTO DE PARTIDA PARA LA FILOSOFIA JURIDICA)[1]

JESUS ESCANDON ALOMAR
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Concepción

1. UNA DEFINICION PRELIMINAR DEL DERECHO COMO ELEMENTO DE APROXIMACION AL FENOMENO JURIDICO

Un destacado iusfilósofo e historiador del derecho contemporáneo, Helmut Coing, hace notar que el jurista moderno conoce, en general, un solo sistema jurídico, su derecho. Para quien aspire a trabajar en materias de filosofía jurídica tal conocimiento resulta muy importante, pero en ningún caso es suficiente, pues ésta exige un punto de partida omniabarcante. Requiere que tengamos presente al derecho como un fenómeno global de la cultura humana, para lo cual, además de la información que nos da nuestra propia experiencia acerca de un ordenamiento jurídico específico –la que es imprescindible– se hace necesario recurrir a los resultados de otras disciplinas como la antropología, la etnología y la historia del derecho. Es claro que un intento de esta naturaleza ofrece dificultades, sobre todo, porque se trata de un material muy amplio, casi inabarcable por la mente de un solo hombre. Pero, a pesar de esta limitación, es necesario hacer todo lo posible en orden a determinar la exactitud o corrección de las doctrinas iusfilosóficas, considerando a su punto de partida. Con la finalidad de alcanzar este punto de vista

[1] Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación número 99.054.001-1.0 de la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción.
Helmut Coing (nacido en 1912) es un importante jurista, iusfilósofo, historiador del derecho y civilista alemán. Fue profesor de filosofía del derecho y otras disciplinas en la Universidad de Frankfurt a M. En esta misma ciudad desempeñó también, por largos años, el cargo de director del Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo. Destaca, asimismo, por tener una larga producción científica, la que sobrepasa las doscientas ochenta publicaciones. En filosofía del derecho, junto con sus numerosos artículos, ensayos y monografías, destaca su principal obra intitulada *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. De ella salieron tres ediciones distintas, con modificaciones de importancia. La primera edición, de 1950, es la única traducida al español bajo el título de "Fundamentos de filosofía en Derecho", no así las otras dos aparecidas en 1969 y en 1976, respectivamente.

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

omniabarcante –desde luego con todo lo que implica– conviene precisar de una manera preliminar (como con frecuencia se hace en las ciencias del espíritu) aquello que se entiende por derecho, lo que para Coing se expresa diciendo que "el derecho ordena la vida en común de los hombres que pertenecen a un determinado grupo. Fija la posición relativa de los miembros de ese grupo, delimita el campo de actividad de cada uno, creando los medios que hacen posible un trabajo en común; prevé las formas mediante las cuales el grupo actúa coordinadamente y el propio ordenamiento jurídico puede funcionar"[2]. Añade a este concepto la afirmación de que todas las tareas que en ella se señalan no las soluciona el derecho con reglas específicas para cada caso –sería exigirle demasiado a la razón humana–, sino mediante normas que por lo general valen para una multiplicidad de situaciones o casos. Así entonces, frente a la variedad multifacética de la vida, se sitúa el orden jurídico como algo abstracto y en cierto sentido impersonal.

2. EL DERECHO COMO FENOMENO UNIVERSAL PERO NO UNITARIO

El derecho, en cuanto ordenamiento de la vida humana en común, es para el autor a que estamos haciendo referencia un fenómeno universal de la cultura. *Ubi societas, ibi ius.* Esto, nos dice, ha sido constatado por los antropólogos y otros especialistas, inclusive para el caso de las culturas más primitivas. Aunque, claro está, en éstas, cuya organización todavía es poco diferenciada, su importancia es pequeña. Pero a pesar de la universalidad que se constata sobre el fenómeno del derecho, el mismo no constituye un fenómeno unitario. Por el contrario, ha asumido a lo largo de su historia, incluidas sus manifestaciones actuales, las formas más diversas. De ello hay también constataciones empíricas. Las diferencias se presentan no sólo entre el derecho de las culturas desarrolladas y el de los pueblos primitivos, sino también entre ordenamientos jurídicos de culturas de niveles similares. Así por ejemplo, si tomamos el caso de los pueblos primitivos, a pesar de que pueden observarse algunos rasgos comunes a varios de ellos –como la importancia del grupo o la idea de venganza– son la mayor parte de las veces, y en las cuestiones fundamentales, muy diferentes, no constituyendo un sistema unitario. Varían entre una tribu y otra, entre distintas razas, etc. No se ha probado, agrega, la hipótesis de la igualdad del derecho en sus etapas primitivas. No consta la existencia efectiva de una "Ancient Law". Lo mismo vale para los sistemas jurídicos de las culturas desarrolladas modernas. En ellos no hay unidad, sino que diversidad, lo que responde a situaciones distintas. Afirma que estamos aún lejos de un derecho mundial unitario, a pesar de que comienzan a presentarse algunos atisbos elementales en este sentido.

Alcanzado este punto, y sin entrar en mayores detalles, nos podemos preguntar si es tan verdadera la afirmación que sostiene que los contenidos del derecho varían mucho entre una cultura y otra, incluso entre aquellas que poseen un nivel de desarrollo similar. Ante este planteamiento puede señalarse que efectivamente existen diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos, pero hay también entre ellos, como nuestro propio

[2] Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, tercera edición, Editorial Walter de Gruyter, Berlín, 1976, pág. 123.

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

autor lo indica en otros pasajes de su obra, importantes elementos en común. Asimismo, hoy se observan más atisbos elementales hacia un derecho mundial unitario que aquellos que se observaban en la época (1976) en que Coing expuso estas ideas. Con todo, todavía se halla lejano el día en que nos encontremos ante un auténtico orden jurídico mundial.

3. NO EXISTEN LEYES GENERALES DE DESARROLLO DEL DERECHO

Tampoco se da, a juicio del autor que comentamos, un desarrollo unitario del derecho, no sucede con él cosa distinta de lo que ocurre con el lenguaje, el arte o la religión. Cada sistema jurídico ha seguido su respectivo curso particular, aunque, claro está, también se han dado entre ellos influencias recíprocas, baste señalar al respecto el importante fenómeno de la recepción del derecho. Lo que no se ha podido constatar es una ley general de desarrollo que los abarque a todos. En especial, no se ha constatado que determinadas épocas o estilos se sigan como consecuencia necesaria de otros. Ni siquiera las etapas iniciales de desenvolvimiento de los diversos ordenamientos jurídicos presentan una uniformidad, de modo que pudiera presumirse que, al menos para la génesis de esos períodos, hubiese alguna ley. Las afirmaciones en sentido contrario no han podido ser probadas, resintiéndose con ello muchas doctrinas venerables. Tal es el caso, por ejemplo, de la tesis de Bachofen, según quien todos los ordenamientos jurídicos en sus primeros estadios asumen formas matriarcales para, posteriormente, transformarse en patriarcales. Lo mismo vale para la célebre tesis de Maine que ve un desarrollo del derecho del estatus al contrato. Tampoco se sostiene –siempre a juicio de Coing– la teoría que afirma que el derecho penal se desenvuelve a partir de la venganza, pasando por los contratos de reparación, para desembocar luego en la pena estatal, pues ya en las culturas primitivas coexistieron conjuntamente estas figuras, etc. La diversidad de las manifestaciones de los sistemas jurídicos se muestra mucho mayor de lo que anteriormente se había aceptado, con lo cual la tesis unitaria parece fracasar. Esto al menos es lo que enseña la historia del derecho. Ello no impide, por otra parte, que para el futuro se abran perspectivas de una relativa unidad de la cultura jurídica mundial.

4. EL FENOMENO DE LA RECEPCION DEL DERECHO

Ya hemos formulado la observación de que para nuestro iusfilósofo, a pesar de no existir una ley de evolución común para todos los ordenamientos jurídicos, se dan, no obstante, mutuas influencias entre ellos. Se trata del fenómeno de la recepción del derecho. A este tema le ha dedicado siempre una atención preferente, lo que se manifiesta ya desde sus primeros escritos. Se ha ocupado de él desde la perspectiva de la historia del derecho, del derecho comparado y de la filosofía jurídica, siendo en la primera de éstas donde lo trata mas extensamente. En lo que respecta a la filosofía jurídica, en ninguna de sus obras fundamentales ha dejado de abordar el problema que ahora nos ocupa. Si bien, en *Die obersten Grundsätze des Rechts (Los principios supremos del derecho)* y en la primera edición de los *Fundamentos de filosofía del Derecho* se trata sólo de algunas alusiones esporádicas, aunque no carentes

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de importancia. En cambio, en la segunda edición de la obra recién nombrada se efectúa un breve tratamiento sistemático[3], que nos servirá de guía para nuestra exposición, en la que, conviene advertirlo, no abordaremos el aspecto histórico–jurídico y el iuscomparativista, por exceder en mucho los límites del presente artículo.

Los casos de recepción del derecho pueden darse –como nos lo indica la historia– tanto con respecto a sistemas jurídicos completos como a instituciones o a normas aisladas. Asimismo, este fenómeno, en cuanto implica influencias mutuas entre culturas, asumirá características similares con aquellas que se observan en la religión, el arte, etc. Con todo, la recepción en el derecho posee unas peculiaridades que le son propias y que la diferencian de las formas que adquiere en otros ámbitos. Coing nos señala tres casos en que se especifican estas características peculiares del fenómeno de la recepción para el derecho. En primer término, se encuentra aquél de las culturas derivadas. Se trata de que una época posterior de la cultura recibe todo el sistema jurídico de otra anterior a la que toma como modelo. Así sucedió, por ejemplo, en la Edad Media en muchos países europeos cuando se recibió, a través de las universidades, el antiguo derecho romano, al que, posteriormente, se le dio su propio desarrollo. Algo similar ha ocurrido en la época moderna con muchos países de Asia y Africa –puede añadirse también de América– que han recibido el derecho europeo. En segundo lugar, se da el caso de la recepción de instituciones o normas consideradas individualmente, fenómeno que sería común entre pueblos que han vivido en estrecho contacto. Un ejemplo relativo a esta especie de recepción es el que tuvo lugar en los países del centro y del occidente de Europa, al recibir de Italia diversas instituciones de derecho marítimo y comercial. En tercer término, puede considerarse el caso que se refiere al modo de proceder de las legislaciones modernas. Por lo general, una obra legislativa importante realiza cuidadosos estudios de derecho comparado sobre legislaciones extranjeras, en los que se pone especial atención a los problemas que han tenido que enfrentar.

Como ya se ha hecho notar, todo el cuadro que presenta el fenómeno de la recepción del derecho introduce un elemento de corrección –aunque sólo uno y bajo determinadas condiciones– a la tesis de que cada cultura jurídica sigue su propia línea de desarrollo. Por ello, a juicio de Coing, constituye una grave falta de la escuela histórica del derecho, en especial de su doctrina sobre el espíritu del pueblo, el haber pasado por alto a este fenómeno. Pues es frecuente, y en cierto modo imprescindible, que el desarrollo espiritual se realice mediante el intercambio y el contacto. Esto que en general es válido, lo es también para el derecho, sobre todo cuando consideramos su dimensión práctica y concreta, pues la solución de ciertos casos específicos es aprovechable para otros similares.

5. LA DIVERSA IMPORTANCIA DEL DERECHO EN LAS DISTINTAS CULTURAS

En cuanto elemento de la cultura, no se le ha asignado al derecho la misma importancia en todas las civilizaciones. Hay pueblos con un especial talento jurídico, en

[3] Helmut Coing, ob. cit., págs. 126 - 127.

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los que por esta causa el derecho adquiere una importancia particular, mayor que en otros. Sería el caso de los romanos en la antigüedad y de los pueblos anglosajones en nuestra época. En general, opina Coing, toda la cultura europea esta impregnada de elementos jurídicos. Por último, nos advierte que sería necesario realizar investigaciones más exactas y detalladas sobre este tema, precisando, en particular, la importancia que para las distintas culturas o civilizaciones posee el derecho.

6. SOBRE LA DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS

No se puede hablar, simplemente, de un derecho cuando intentamos referirnos a los ordenamientos jurídicos, sería mejor tratar de ordenarlos de acuerdo a ciertos tipos característicos. Sólo así lograríamos introducir cierto orden dentro de su enorme variedad, sin incurrir en simplificaciones que nos hagan perder la gran riqueza de matices que esta variedad implica. Pues bien, Coing nos propone a los siguientes como los tipos característicos fundamentales de ordenamientos jurídicos que han existido a lo largo de la historia:

a) En primer lugar están los órdenes jurídicos primitivos, que han de distinguirse de los de las culturas desarrolladas. Aunque no existen culturas jurídicas primitivas que posean unos contenidos iguales a la manera, por ejemplo, en que lo entiende la ya mencionada teoría de la "Ancient Law"–de todos modos pueden destacarse con respecto a ellas ciertas propiedades generales características. Los ordenamientos jurídicos primitivos son, en contraposición con los de las culturas desarrolladas, más sencillos, menos complejos. Se encuentran casi en el límite de la carencia de normas, o de la anarquía, como algunas veces se ha dicho. La organización de gobierno o de dirección del grupo existe sólo en principio, con frecuencia únicamente para casos como la guerra u otras situaciones particulares graves. En concordancia con este estado de cosas, falta también una administración de justicia. En su lugar suele existir la mediación personal para los casos en disputa. Las poco numerosas normas existentes no se encuentran fijadas por escrito, su grado de elaboración es escaso y el conocimiento que de ellas tenemos suele ser a través de las investigaciones etnológicas. Algunos de los principios directrices que corresponden a este estadio primitivo de la cultura jurídica son: el fuerte sentimiento de grupo, la necesidad de prestigio, la idea de venganza, las concepciones mágicas y animistas del mundo, etc.

b) Con posterioridad al derecho primitivo vendría, según el autor que ahora consideramos, el derecho arcaico. Este se presenta en el marco de una cultura más desarrollada que el indicado en el caso anterior. Al derecho arcaico corresponde, por ejemplo, el derecho romano antiguo, aquel que se sitúa en torno a la ley de las doce tablas. En este derecho arcaico se encuentran ya una organización estatal fuertemente desarrollada –aunque no en el sentido del Estado moderno– y unos procedimientos jurídicos consolidados. Se trata también, y ésta es una de sus características sobresalientes, de un derecho altamente simbólico y formalista.

c) Luego del derecho arcaico viene lo que Coing llama el derecho moderno, que se fundamenta en el predominio total del Estado sobre los grupos y los individuos. El

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Estado tiene el monopolio de la fuerza. Las normas se fijan tanto en las leyes, u otras decisiones de autoridad, como en las obras científicas. El derecho se desenvuelve en el ámbito de la discusión científica y se elabora racionalmente a partir de consideraciones éticas o de utilidad. Su interpretación se efectúa sobre estas mismas bases. Elimina también muchas restricciones que los ordenamientos menos desarrollados imponían al grupo o a los individuos.

7. LAS FORMAS DE MANIFESTACION DEL DERECHO

El tema de las formas de manifestación del derecho o de las fuentes del derecho es un tema clásico tanto para la iusfilosofía como para una serie de otras disciplinas jurídicas. Coing lo aborda de modo distinto en la primera edición de los *Fundamentos de filosofía del derecho* (1950), a la forma en que lo hace en la segunda. Por lo demás, en ninguna de las dos pretende tratarlo exhaustivamente. En ambos casos se limita sólo a proporcionarnos algunas ideas generales y orientativas, siendo, con todo, algo más extenso el tratamiento que efectúa en la primera edición. En ésta, lo aborda tanto en la primera como en la tercera parte y, dentro de ellas, en unos capítulos que titula "Sentido y formas de manifestación del derecho" y "El derecho positivo y su vigencia" respectivamente. Aquél se encuentra referido al fenómeno jurídico en su totalidad, éste al derecho positivo. En la edición de 1969 (y también en la de 1976), en cambio, queda prácticamente reducido a un apartado del capítulo tercero, cuyo título es "Erscheinungsformen des modernen Rechts" (Formas de manifestación del derecho moderno), siendo apenas mencionado en el capítulo "Das positive Recht und seine Geltung" (El derecho positivo y su vigencia).

De modo muy breve podemos decir que en el capítulo segundo (Sentido y formas de manifestación del derecho) de la primera edición de los *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, luego de hacer una referencia acerca del modo de entender al orden jurídico que tendría el jurista actual del continente europeo, pasa a efectuar una alusión histórica sobre las formas de manifestación o fuentes del derecho, para terminar esbozando una clasificación un tanto laxa de ellas. Lo esencial que en esta ocasión manifiesta puede sintetizarse en el siguiente párrafo: "Frente a la constitución jurídica propia del derecho legislado suele situarse el derecho consuetudinario. Pero esta contraposición no es excluyente ni completa. Por de pronto, el concepto de derecho consuetudinario no es nada unitario; puede subsumir tipos muy diversos de estructuras jurídicas, según se trate de un sencillo derecho popular o de un derecho desarrollado y elaborado científicamente. Además, hay otros tipos de derecho junto al legal y al consuetudinario: el derecho judicial angloamericano ante todo y, como forma de transición hacia él, la estructura jurídica que se tiene cuando el derecho descansa en codificaciones muy antiguas profundamente recubiertas por la ciencia y la judicatura, que las transforman"[4]. Estas ideas, en buena medida inspiradas en la obra de Max Weber

[4] Coing, Helmut, "Fundamentos de filosofía del Derecho", Barcelona, Ariel, 1961, pág. 52. Es la traducción al español de la primera edición (1950) de los *Grundzüge der Rechtsphilosophie*.

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Economía y sociedad, las complementa nuestro autor diciendo que cada uno de estos tipos de manifestaciones del derecho no posee necesidad interna alguna, aunque puede haber unas materias más apropiadas para una codificación y otras, en cambio, para un desarrollo libre del derecho. Lo más importante, opina, es la situación cultural, en particular la política y la social.

Piensa que ni el derecho romano ni el inglés hubiesen sido posibles sin una capa social de juristas unitaria, consciente de sí misma e influyente en la vida de sus estados. En lo que respecta al capítulo intitulado "El derecho positivo y su vigencia" de esta primera edición de los "Fundamentos de filosofía del Derecho", conviene destacar sobre el tema que nos ocupa las siguientes ideas: "La doctrina de las fuentes del derecho trata de las formas en las que puede constituirse derecho positivo. No puede naturalmente darse una teoría *a priori* única y universalmente válida de las fuentes formales del derecho positivo. Ello se debe a la naturaleza de la cosa. Como todo derecho positivo es fenómeno histórico, la consideración general tiene que limitarse a una descripción clasificatoria de las formas típicas más importantes que se dan en la vida histórica"[5]. Luego pasa a distinguir entre fuentes materiales y fuentes formales. "Fuente material del derecho es ante todo la conciencia jurídica, junto con el conocimiento de la naturaleza de la cosa y las diversas consideraciones dimanantes de ese conocimiento, que dan lugar a la implantación del derecho. Fuentes formales del derecho son las formas históricas según las cuales la convicción jurídica y aquellas otras consideraciones cobran la precisa forma de reglas positivas del orden en el seno de un grupo social... En este sentido puede distinguirse, ante todo, dos tipos de fuentes formales del derecho: el derecho consuetudinario y la posición explícita del derecho. El derecho consuetudinario es la forma primitiva del derecho, es naturalmente una fuente de derecho insegura. Su contenido es difícil de precisar cuando no se trata de cuestiones muy concretas, como la utilización de un camino, el trato de mercancías defectuosas, etc. Por ello va desapareciendo con el progreso de la cultura. En todas las formas de posición explícita del derecho, son proposiciones jurídicas las que explícitamente definen lo que es derecho. Entre las formas de posición explícita y puesta en vigor del derecho destacan históricamente desde el principio dos especiales: la posición por medio de órganos de la comunidad jurídica y la fijación o determinación por contrato. La forma más importante de posición del derecho por órganos especializados es la ley. Pero junto a los titulares del poder supremo hay otros órganos creadores de derecho, el derecho de los juristas o derecho científico. El derecho de los juristas se manifestaría en las convicciones comunes de la ciencia (la llamada *communis opinio doctorum*) y en su aplicación por los tribunales (*usus fori*). En este sentido los juristas serían los representantes de la nación. La posición del derecho por contrato se diferencia de esas otras formas de establecimiento del derecho por la circunstancia de que los participantes mismos determinan mediante una concordante declaración de voluntad lo que entre ellos ha de valer como derecho"[6].

[5] Coing, Helmut, ob. cit., págs. 236 y sgts.
[6] Coing, Helmut, ob. cit., págs. 240 y sgts.

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En la exposición más reducida que hace sobre esta materia en la última versión de su filosofía jurídica se centra básicamente en las formas de manifestación del derecho moderno. Para éste, sostiene nuestro autor, resulta insuficiente la distinción tradicional de la doctrina de las fuentes del derecho, entre derecho consuetudinario y derecho legislado. Así, al derecho consuetudinario lo concibe como un conjunto de normas que viven en la conciencia del pueblo y que se expresan mediante una conducta que se ha hecho costumbre. Al segundo, por su parte, lo tipifica como el conjunto de normas dictadas por los órganos competentes y con las formalidades que exige el respectivo ordenamiento constitucional. Ahora bien, en relación con la insuficiencia señalada, cabe hacer presente que en la actualidad un derecho consuetudinario, en la forma que acaba de definirse, sólo existe excepcionalmente. Porque, en verdad, es un derecho adecuado únicamente para los estadios poco desarrollados de la sociedad, de comunidades no muy complejas, en que todos los miembros del grupo efectivamente lo conocen. En sociedades más desarrolladas, como es el caso de las ciudades medievales, el conocimiento del derecho es ya asunto de especialistas, con lo cual, obviamente, el derecho consuetudinario, en la forma en que aquí ha sido definido, pierde drásticamente terreno. Con la finalidad de subsanar la insuficiencia por ella destacada, la moderna ciencia del derecho incluye bajo el concepto de derecho consuetudinario, además, a otros dos fenómenos completamente distintos: al derecho de los juristas y al derecho de la práctica de los tribunales, es decir, al que se expresa a través de las decisiones judiciales. Como ejemplo de derecho de los juristas, Coing nos menciona los "responsa" de los jurisconsultos romanos, las elaboraciones doctrinarias de los doctores de las universidades medievales, la ciencia del derecho de los juristas contemporáneos, etc. En definitiva nos caracteriza al derecho de los juristas diciendo que "el derecho no se crea mediante leyes o actos especiales del poder del Estado, sino sobre la base de normas individuales elaboradas por un conjunto de juristas pertenecientes a un determinado grupo social y cuyas opiniones poseen autoridad"[7].

El derecho judicial, por su parte, se expresa en las decisiones de los tribunales y en base a ellas se desarrolla. En la actualidad su modelo más clásico es el "Common Law" angloamericano. En opinión de Coing ha sido posible, en buena medida, construir este sistema gracias a las características que a lo largo de centurias han sabido mantener los juristas, ingleses primero y americanos después. Se ha tratado siempre de un colectivo más bien cerrado, de prestigio e influencia. Mas –siempre en opinión de nuestro autor– la circunstancia de que el derecho judicial desempeñe el rol más destacado en el sistema del "Common Law", no significa que en otros carezca de importancia. Por el contrario, la tiene y mucho, más allá de lo que sugieren las apariencias. Es común, por ejemplo, en el ámbito del derecho legislado, que determinadas interpretaciones de las normas efectuadas por los tribunales se constituyan –más allá del caso en que se pronuncia la respectiva resolución– en verdaderos precedentes a seguir en otros casos, a pesar de no tener fuerza legalmente obligatoria.

[7] Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, edic. cit., pág. 131.

Artículo: El derecho como fenómeno de la cultura
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El derecho legislado, por último, con su tendencia a ser el único exclusivamente vigente, es un signo de la supremacía del poder político. La creación del derecho se concentra en los órganos políticos de dirección del Estado. Es indiferente a este respecto el tipo de gobierno de que se trate: monarca absoluto, mayoría parlamentaria elegida democráticamente, etc. Es una constante, a su juicio, en los grandes legisladores el tratar de dominar de una manera exclusiva la totalidad de la vida jurídica. A menudo, han intentado también paralizar el derecho científico, el de los juristas, por ejemplo, prohibiendo la interpretación. Es un requisito necesario para la elaboración y puesta en vigencia de una legislación completa, la existencia de un tipo de Estado con un poder central fuerte y una eficiente organización burocrática, de la que también se sirve la administración de justicia. Hay diversos ejemplos históricos de obras legislativas de esta clase, la de Justiniano, Federico Segundo de Hohenstaufen, etc. Pero, indudablemente, las que hoy más interesan son las codificaciones modernas del derecho continental europeo. Coing estima que poseen ciertos rasgos característicos que les son propias, que las tipifican de un modo especial. Son la resultante de unas condiciones históricas también especiales. La idea de estas codificaciones modernas, es un producto de la Ilustración, la que a su vez fue crítica con respecto al derecho tradicional que le tocó enfrentar, planteando ante él sus propias reivindicaciones. En particular, criticó su accidentalidad histórica y su irracionalidad, que dejaban al ciudadano a la arbitrariedad del juez. Para terminar con estos defectos, el movimiento ilustrado pretendía, sobre todo, acabar con la arbitrariedad judicial. Estimaba, asimismo, que para lograr este objetivo era indispensable cumplir con unos determinados requisitos.

Entre éstos figuraba en primer término la plenitud de la ley, es decir, que la legislación debía carecer de lagunas. Exigía además el deber de reconocer la libertad y la igualdad de los ciudadanos. La codificación se unía, por tanto, a la reforma de las instituciones de la época. El ciudadano debía tener la posibilidad de conocer las normas jurídicas, para lo cual éstas tendrían que ser claramente comprensibles, estar bien sistematizadas y redactadas en un lenguaje preciso. Debían renunciar a la casuística, expresándose de una manera general. Habría un código común, el código civil, encargado de regular las relaciones generales entre los ciudadanos. De ser necesario, habría además algunas leyes especiales para ciertas materias específicas, por ejemplo, un código o una ley de comercio, etc. Esta obra codificadora, producto de la Ilustración, se expandió con rapidez. Francia y Austria fueron los primeros países en tener códigos modernos surgidos del movimiento ilustrado, pero luego vinieron otros, tanto en Europa como en los demás continentes. Por último, Coing nos advierte que esta tarea codificadora fue posibilitada por un trabajo previo, largo y paciente, de al menos dos siglos de duración, que consistió en realizar una exposición sistemática y científicamente fundamentada del derecho.