

CAPÍTULO PRIMERO

Ser humano, sociedad y cultura

El derecho puede facilitar o dificultar la realización de la libertad humana o cualquier otro fin o valor del derecho. La justicia del derecho tiene que ver con la manera en que las normas jurídicas y las instituciones garantizan y protegen los derechos humanos y desarrollan los procedimientos democráticos. El derecho es parte de la cultura de una sociedad y presenta rasgos culturales específicos que atienden al tiempo histórico y al espacio geográfico, al igual que a la familia jurídica en la que se integra ese derecho concreto.

I. Ser humano

El derecho se ocupa de la vida humana social, la organiza y establece pautas de comportamiento para la vida humana en sociedad. Son el ser humano y la vida social los elementos condicionantes del derecho. El ser humano, en cuanto persona en el sentido filosófico y no sólo biológico,² es un ser libre con capacidad de elección. La libertad psicológica como dato de la circunstancia humana, distingue al hombre de los restantes animales y orienta su acción y su reflexión. Sin la libertad humana no habría vida social, historia, cultura, ni por supuesto normas que regulen la conducta humana con carácter coactivo o autoridades que las impongan.

La libertad psicológica no solamente condiciona la producción normativa del derecho sino que es además el factor en virtud del cual el derecho a veces no es obedecido voluntariamente por el ser humano. Los seres humanos pueden decir no al derecho o a parte de él, pueden resistirse al derecho y, de acuerdo con el tipo de sociedad o a la evolución de la misma, otros seres humanos revestidos de autoridad utilizan la fuerza del aparato coactivo del Estado para afrontar la desobediencia a la norma jurídica (que obliga, prohíbe, faculta o permite).³

También la libertad psicológica es punto de partida para el desarrollo humano a través de la libertad de elección. Por medio de la capacidad para discernir y elegir, el ser humano puede, si así lo quiere y lo permiten sus circunstancias concretas, construir su vida hacia la libertad individual y hacia relaciones de equilibrio, armonía y de reciprocidad con los demás, superando los obstáculos y condicionamientos que se encuentran en el propio ser humano, en su cultura o que son parte de su tiempo histórico. El derecho puede facilitar o dificultar la realización de la libertad humana, pues es en la vida social, lugar de actuación del derecho, donde cada ser humano tiene que realizar el esfuerzo para alcanzar su libertad y la de los demás. Lo mismo podríamos decir de otros valores o fines a los que el ser humano ha aspirado históricamente, tales como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el bien común, la democracia, la tolerancia, etcétera.

La libertad de elección no es un elemento abstracto, está en relación con otros factores biológicos, psicológicos, sociales y culturales que configuran la totalidad del ser humano. También está en relación con diversas y variadas circunstancias históricas, económicas, políticas y sociales que transcurren en cada tipo de sociedad. El derecho debe tener en cuenta esa compleja realidad: sus normas, las decisiones de los ciudadanos y autoridades vinculadas a la interpretación, así como la aplicación de las reglas jurídicas, deben ajustarse a esos elementos en continua evolución, sin que se pierda de vista que la vida humana afectada por el derecho es la vida humana social que se materializa históricamente.

Un filósofo nacido en Estagira en el año 384 antes de Cristo, llamado Aristóteles escribió al inicio de su obra *Política*, que:

La ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar o es mal hombre o más que hombre... y el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios. Es natural en todos la tendencia a una comunidad tal, pero el primero que la estableció fue causa de los mayores bienes; porque así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, apartado de la ley y de la justicia es el peor de todos... La justicia, es cosa de la ciudad, ya que la justicia es el orden de la comunidad civil, y consiste en el discernimiento de lo que es justo.⁴

Con ello Aristóteles indicó que no se puede ser plenamente persona, en un sentido filosófico, político y jurídico, si no se es en la vida social, en la relación con los demás, pues es ahí donde se desarrolla el pensamiento y la cultura. La acción en la vida social, si se hace desde una perspectiva de libertad, es

imprescindible para la realización plena de la condición humana. El derecho que supone la organización de comportamientos en la vida social puede, según sus mandatos, favorecer el desarrollo de la libertad humana o menos-cabarla, puede incrementar los niveles de justicia o disminuirlos, proteger o no los derechos humanos o hacerlo imperfectamente.

Hoy en día, en las sociedades contemporáneas no hay vida social sin derecho, por ello este debe pensarse como vida social organizada o como forma de vida social. De esta manera, la sociedad es el ámbito del derecho moderno. No obstante lo dicho, no necesaria e indefectiblemente es correcto el aforismo latino *Ubi societas ibi ius* —donde hay sociedad hay derecho—. Los juristas han identificado incorrectamente en el pasado a la sociedad humana con la sociedad política y jurídica. No han concebido otro modo de estar constituida la sociedad que el político y el jurídico, y han sido incapaces de imaginar una sociedad humana en la que no existieran el derecho y el Estado. Éstos últimos son fenómenos históricos. El derecho y el Estado han tenido su origen por razones económicas, religiosas, culturales y debido a la misma evolución social, y las relaciones jurídicas —relaciones mediadas por una autoridad institucionalizada— no son equivalentes sin más a las relaciones biológicas y sociales.⁵

II. Sociedad

La sociedad es el conjunto organizado de individuos que viven establemente diversos tipos de relación en un tiempo y en espacio determinados, en donde el derecho es un aspecto de la sociedad, uno muy importante, aunque no equivale a la totalidad de la sociedad, pues existen otro tipo de relaciones (económicas, sociales, políticas, culturales, etcétera) y de normas diferentes a las jurídicas (religiosas, morales, de trato social y costumbres, entre otras).

En las sociedades contemporáneas el derecho, como dice Carlos Santiago Nino, está en todas partes. Este autor señala para demostrarlo los siguientes ejemplos:

Puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir;

probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar, por ejemplo, sus zapatos a arreglar); aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la “coraza” normativa que proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea miembro de una asociación ilícita) está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescripto por normas jurídicas.⁶

Esos ejemplos y otros constatan que todas y cada una de las etapas por las que pasa la vida de una persona: nacimiento, nombre, mayoría de edad, matrimonio, divorcio, jubilación, muerte, son hechos o actos regulados minuciosamente por el derecho y a los que se asignan consecuencias jurídicas. La omnipresencia del derecho no sólo se advierte en hechos o actos importantes sino en hechos o actos simples y cotidianos como el de respetar los semáforos que regulan el tránsito de las ciudades, comprar el periódico, pagar el impuesto predial o los derechos por la tenencia de un vehículo automotor, pagar la renta a nuestro casero, o los servicios de agua, electricidad o teléfono que ordinariamente recibimos. Manuel Atienza indica que hasta tal punto están juridificadas nuestras sociedades que, con frecuencia, lo que en principio aparece como alternativas al derecho resulta ser simplemente otra forma de derecho; por ejemplo, la crisis de la administración de justicia está dando lugar a otras formas de resolución de conflictos como el arbitraje, la conciliación o la mediación, pero se trata sólo de alternativas al mecanismo judicial, no al derecho, pues esos procedimientos aunque sea en parte están regulados por el propio derecho.⁷ Todo parece indicar que cuando más desarrollada y compleja es una sociedad hay necesidad de mayor número de instrumentos jurídicos.

La complejidad y el desarrollo de las sociedades no significa necesariamente que su derecho sea más justo. En las sociedades primitivas con un derecho básico y rudimentario podemos encontrar ejemplos de normas y decisiones de autoridad mucho más justas que las normas y las decisiones de las autoridades de nuestro tiempo. La noción de sociedad justa más que con la complejidad del derecho tiene que ver, según criterios de nuestra época, con la manera en que la sociedad y el derecho de la misma, procu-

ran el bienestar, la libertad, la igualdad, la democracia y la tolerancia de los individuos que la integran.

Filosófica, literaria e históricamente se ha discutido si puede haber sociedad sin derecho. Los marxistas, los anarquistas y algunas corrientes del cristianismo, entre otras posturas como la de Platón y dentro del pensamiento utópico, han sostenido que no sólo es deseable sino posible. El marxismo, por ejemplo, aduce que el derecho y el Estado aparecieron con el surgimiento de las clases sociales y que éstas nacen cuando en la antigüedad se estableció el modo de producción asiático basado en el control por algunos de los recursos hidráulicos; el derecho para el marxismo es un instrumento de dominación —de control social— de las clases dirigentes —las que detentan los modos de producción económica— sobre las otras y, con el advenimiento de la futura sociedad comunista, al desaparecer las clases sociales, no será necesario el derecho ni ningún otro instrumento de sujeción.⁸ El anarquismo piensa que la cooperación entre los seres humanos y la educación permitirá abolir las leyes y cualquier tipo de autoridad; la sociedad libertaria es aquélla en donde no habrá cadenas de ningún género. Las corrientes cristianas que propugnan por el fin del derecho reclaman la vuelta a la forma de vida de las primeras comunidades cristianas, en las que no existía un derecho institucionalizado.

Respecto a las sociedades primitivas, se analiza si en ellas hay o hubo derecho. El padre de la antropología jurídica, Bronislaw Malinowski, sostuvo que son jurídicas las normas que se conciben y aplican como obligaciones vinculantes, y para que existan éstas basta que se dé alguna presión por parte del grupo, lo que puede ocurrir sin necesidad de autoridades.⁹ Muchos no están de acuerdo con Malinowski, pues las obligaciones vinculantes y la presión del grupo también existen en otras normas de conducta como las religiosas o las sociales y no sólo en las jurídicas. En el derecho contemporáneo lo distintivo es que haya autoridades que establezcan o modifiquen normas (legislativas y administrativas), autoridades que resuelvan disputas y digan el derecho en los casos concretos (las judiciales) y autoridades que hagan cumplir las normas y las determinaciones de las otras autoridades usando la fuerza (policía).

Se puede decir que el derecho ha evolucionado de las sociedades primitivas a nuestra época. Así encontramos varios niveles o grados de juridicidad que explican la complejidad y desarrollo de las sociedades y del propio derecho. En el grado cero de juridicidad están las sociedades en donde no existe ningún tipo de mediación para la resolución de conflictos, sólo normas de conducta que pueden ser sociales o religiosas, con alguna presión difusa por parte del grupo social en caso de infracción. En el grado primero

están las sociedades en donde hay mecanismos de mediación o de heterocomposición de disputas por parte de un tercero que no es autoridad. En el grado segundo existen tribunales cuyas decisiones vinculan a las partes. En el grado tercero, además de tribunales existe alguna forma de policía que hace cumplir por la fuerza las normas y las decisiones de los tribunales. En el grado cuarto, aparecen juristas profesionales que asesoran a las partes y proponen determinadas interpretaciones de las normas. En el grado quinto, además de los elementos expuestos, hay órganos legislativos con facultades para establecer o modificar normas.

De lo anterior es claro que el derecho y el Estado no son instituciones naturales. “¿Por qué los individuos cedieron su capacidad de violencia a una institución coercitiva permanente?”.¹⁰ Las respuestas que se dan desde la historia y la antropología social suelen ser tres:

- 1) La marxista, que indica que el derecho y el Estado surgen con las clases sociales cuando se introduce en las sociedades del mundo antiguo (Egipto y Mesopotamia) el modo de producción asiático basado en el control de los recursos hidráulicos de los ríos.
- 2) La religiosa, que indica que la aparición de las estructuras estatales y jurídicas es tan antinatural que sólo fue posible por la aceptación religiosa de la coerción.
- 3) La que indica que el derecho nace para tratar el conflicto en las sociedades complejas; la solución del conflicto exige de la existencia de una o varias instituciones que aseguren de alguna forma la ordenación de la sociedad.

En el derecho podemos encontrar tres dimensiones si tomamos en cuenta sus posibles orígenes:

- 1) La dimensión conflictualista.
- 2) La dimensión esencialista.
- 3) La dimensión funcional.

Las tres concepciones ven al derecho como un instrumento de organización social que se integra por normas jurídicas que regulan la conducta de las personas, las que son creadas y modificadas por autoridades facultadas para ello, interpretadas y aplicadas por otras, algunas de las cuales pueden usar la fuerza para hacerlas cumplir.

La dimensión conflictualista sostendrá que el derecho debe regular los conflictos de intereses económicos y de carácter ideológico, ya sea para prevenirlos, solucionarlos e inclusive fomentarlos, pero de forma justa e igual para todos. La concepción conflictualista del derecho puede ser entendida en el sentido que el derecho regula o soluciona conflictos o, como lo sostienen los marxistas, que el derecho no surge con la intención de solucionar conflictos sino más bien de encubrirlos y legitimarlos. No cabe duda que en ocasiones el derecho se ha empleado históricamente como lo establece el marxismo, pero también debe reconocerse que el derecho pretende, al menos teóricamente, solucionar conflictos con apoyo en fundamentos de equidad y justicia.

Hay conflictos que tienen su origen en intereses económicos, los que se producen entre personas o grupos cuando se dan situaciones de incompatibilidad en sus aspiraciones o en sus necesidades respecto a los bienes que pueden satisfacerlas. Los conflictos económicos nacen, entre otras, de las siguientes causas: la escasez de bienes para satisfacer nuestras necesidades, la indigencia del individuo, la vulnerabilidad del individuo, la falta de solidaridad, etcétera. En los conflictos económicos, el derecho puede dejar la solución a la espontaneidad social, como ocurre en algunos sistemas jurídicos que entregan al libre juego del mercado las consecuencias del funcionamiento de la economía, o puede regular y determinar soluciones para tutelar intereses que se consideran importantes como la propiedad.

Existen también conflictos ideológicos, que tienen como causa la autoafirmación del yo, siempre y cuando el deseo de ser diferente no es pretexto para encubrir o justificar un conflicto de intereses económicos. Los conflictos ideológicos afirman el derecho a ser y pensar en forma distinta, es decir, tienen que ver con la diversidad, el pluralismo y la tolerancia entre las personas y los grupos que componen las sociedades. En estos conflictos, el derecho suele fomentar la tolerancia, el pluralismo y los derechos de las minorías porque se entiende que la diversidad, el pensar y ser diferente, es la causa del progreso y de la evolución humana.

La dimensión esencialista propone que el derecho realice y materialice tanto la justicia como los valores de libertad, igualdad, dignidad, solidaridad, democracia y bien común. Para esta concepción el derecho carece de sentido si no consigue que esos valores se concreten en la vida social. Algunas corrientes del derecho como las que constituyen las diversas tendencias del iusnaturalismo hacen hincapié en el derecho como pura axiología.

Por su parte, la dimensión funcional entiende a la sociedad como un todo coordinado y en equilibrio, en el que el papel del derecho consiste en mitigar el conflicto, facilitar las relaciones sociales y reprimir las conductas

irregulares. El derecho en esta dimensión es un instrumento de organización y de conservación más que de cambio y transformación social. Las principales funciones del derecho (ya mencionadas en la introducción) para esta concepción son:¹¹

- 1) Función *integradora* que se asocia con la idea de orden, de control social y, en definitiva, con la noción de una sociedad pacífica y sin conflictos.
- 2) Función de *resolución de conflictos* para que el derecho los resuelva y restituya las cosas a las situaciones anteriores al surgimiento de los mismos.
- 3) Función de *orientación social* que el derecho realiza por su carácter persuasivo, cuando dirige las conductas y expectativas de las personas de acuerdo con un sistema normativo que brinda certeza y evita perjuicios.
- 4) Función de *legitimación del poder* porque el derecho confiere respaldo social al poder que se institucionaliza jurídicamente al determinar las competencias y procedimientos entre las autoridades, así como los supuestos para el uso de la fuerza con fundamento normativo.
- 5) Función *distributiva* que se concreta en el reparto de bienes económicos y de oportunidades.
- 6) Función *educativa* porque el derecho pretende formar buenos ciudadanos, por eso en Roma una de las finalidades del derecho se concretaba en tres principios: vivir honestamente (*honeste vivere*), no dañar a nadie (*neminem laedere*), y dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*).
- 7) Función *represiva y promocional* porque el derecho castiga y sanciona las conductas antinormativas, pero también premia las conductas adecuadas o conformes con las normas como al reducir impuestos o derechos a quienes pagan a tiempo.

La dimensión funcional presenta al derecho como un instrumento de conservación y de mantenimiento del *statu quo*, lo que puede desvirtuar el sentido del derecho, pues en los extremos de esta dimensión, el derecho es un

instrumento en manos de los poderosos que tiene por propósito enmascarar la realidad y los conflictos para evitar cualquier tipo de cambio, tal como lo pensaron los marxistas. Frente a esta dimensión y a las escuelas funcionalistas que la sostienen, otras escuelas como la del uso alternativo del derecho o el garantismo, consideran que el derecho puede ser usado como factor de cambio y de transformación de las estructuras sociales, para proteger derechos humanos, para promover la democracia, para garantizar la crítica interna y externa al derecho a fin de hacerlo más compatible con los valores jurídicos de justicia, igualdad y libertad.¹²

No siempre existen las condiciones históricas o políticas para cambios radicales, sin embargo, el derecho puede introducir reformas sociales, económicas o culturales en la sociedad. De manera indirecta, por ejemplo, cuando el derecho establece la obligatoriedad de la enseñanza, o de manera directa cuando despenaliza el aborto o regula sociedades de convivencia. En ocasiones los poderes públicos —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— y otros órganos del Estado pueden promover reformas importantes en la sociedad, ya sea legislando, aplicando las normas o interpretando y argumentando el derecho con un sentido progresista consecuente con los derechos humanos y la democracia.

III. Cultura

La dimensión de la vida humana social en la que se inserta el derecho, trasciende a los actos —realidades psíquicas y corporales— y relaciones entre seres humanos que se manifiestan en un momento concreto. La experiencia humana se perpetúa y se acumula a la experiencia y a la acción de otros seres humanos con efecto sobre las generaciones venideras que a su vez crean, ampliando y corrigiendo lo heredado, nuevas realidades que les trascienden. La cultura¹³ es la obra del hombre cristalizada para generaciones futuras, por impulso del mismo ser humano y condicionada por todos los factores que se interinfluyen en la vida social: económicos, religiosos, ideológicos, políticos, técnicos, entre otros. La cultura es histórica, estable y cambiante al mismo tiempo, y tiende a objetivarse, aunque nunca se puede separar del ser humano que es el motor de su movimiento.¹⁴

Según las definiciones clásicas se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada. Otras definiciones hablan de “legados sociales” o de

“conjuntos de una tradición social”. También se dice que al interior de una sociedad pueden existir diversas culturas; en sociedades complejas podríamos hablar —para una misma sociedad— de cultura superior, cultura popular, subcultura, cultura de castas y cultura parasitaria entre otros muchos tipos. Parece, no obstante, que lo medular del concepto de cultura son las ideas y categorías del pensamiento, seleccionadas y transmitidas históricamente, así como sus valores concomitantes.

La cultura debe ser contemplada antropológica y sociológicamente: 1) a nivel histórico, en cuanto a su tradición y legados sociales; 2) a nivel normativo, como reglas y usos sociales, incluyendo los valores e ideales de conducta; 3) a nivel psicológico, como adaptación superadora de problemas, como procesos de aprendizaje o como conjunto de costumbres seculares, y 4) a nivel estructural como modelos de organización de la propia cultura. Además, las culturas presentan tres aspectos concretos: 1) cultura es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) cultura es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador), y 3) cultura es el desarrollo simultáneo de diversas culturas en una misma sociedad (aspecto pluralista). Estos tres aspectos —tradición, innovación y pluralismo— permiten aprehender el sentido de la cultura general en una sociedad concreta.¹⁵

El ambiente en el que viven los seres humanos está constituido, principalmente, por la acumulación de actividades de generaciones anteriores. Lo que caracteriza a esa forma de vida objetivada que llamamos cultura es precisamente su sentido, es decir, la finalidad que en ella se inserta, esto es, una pintura, un libro, el lenguaje del derecho, etcétera, responden a orientaciones específicas, a necesidades o intereses humanos que se sitúan en la historia. El sentido de la cultura dependerá del ámbito o sector de la misma. No será igual el significado de una obra arquitectónica, que el de una producción literaria, científica o el de una norma jurídica. Por eso, se puede hablar de significados estéticos, éticos, jurídicos, de conocimiento, políticos, religiosos, etcétera, al interior de una cultura.

Resulta pertinente señalar que el derecho forma parte del mundo de la cultura. Las normas jurídicas que regulan las conductas humanas y los fines que persiguen esas normas, sobreviven a sus autores, son cultura. Por eso es indebido sostener que las normas tienen por propósito exclusivo regular la fuerza y los medios coactivos del Estado. Las normas y las instituciones del derecho, aunque su contenido suponga muchas veces el uso de la coerción, son ante todo cultura con sus tres aspectos: de tradición, innovación y pluralismo. De tradición porque las normas y las instituciones jurídicas implican un legado previo, de innovación porque el derecho se orienta hacia el futuro,

y de pluralismo porque el derecho recoge, plasma y proyecta instituciones y normas de diversos sectores sociales, étnicos y culturales.

Existe una cultura jurídica en torno a los elementos que contribuyen a la formación del derecho y que constituyen los rasgos fundamentales de un sistema jurídico en un contexto social y en la forma específica del poder que fundamenta su validez. Las normas y las instituciones jurídicas no pueden estudiarse aisladamente, prescindiendo de la cultura y de la historia. El derecho está inserto en la cultura general y en el mundo social, hechos que no entrañan la disolución del derecho en lo social, sino que lo que se hace es advertir el carácter integrador de las dimensiones normativas, sociales, axiológicas y argumentativas en el derecho y en la visión del derecho como cultura.

La cultura jurídica puede ser externa e interna. La externa es la cultura jurídica de toda la población, esto es, las expectativas y sentidos que los integrantes de una sociedad dan al derecho. La cultura jurídica interna es la de los miembros de la sociedad que desempeñan actividades jurídicas especializadas. Casi todas las sociedades tienen cultura jurídica externa, pues en ellas existen comprensiones y significados más o menos compartidos de lo jurídico, pero en menor número las sociedades tienen cultura jurídica interna, pues para ello es necesario que haya especializaciones y profesiones jurídicas. Sólo en sociedades con relativos niveles de desarrollo existe una cultura jurídica interna.

En términos generales, la cultura jurídica contemporánea —ello dependerá del nivel de desarrollo del Estado de derecho y las características democráticas que posea una sociedad— es una cultura jurídica secularizada, tolerante, pluralista, individualista, en algunas sociedades multicultural, con reglas imparciales de acceso al poder, con respeto a los derechos fundamentales, con una legitimidad basada en la soberanía del pueblo y con controles y límites al ejercicio del poder público. Es obvio que una cultura jurídica con estos elementos no se presenta en todas las sociedades, y aun en las sociedades en donde pudiera existir no ha sido siempre lineal y ha sufrido regresiones.¹⁶

Dentro de la cultura jurídica interna, es importante destacar que en algunas disciplinas, como en el derecho constitucional, se han elaborado esfuerzos teóricos muy serios para analizar ese ámbito del derecho como ciencia de la cultura. Peter Häberle ofrece instrumentos que permiten estudiar cincuenta años de vida constitucional alemana desde una perspectiva que va más allá del simple análisis de normas jurídicas. Häberle introduce la dimensión de tiempo histórico en su reflexión sobre las categorías de la cultura constitucional alemana. Antes de este autor, Jellinek había señalado que una misma norma en tiempos diferentes podía tener significados

distintos, mientras que Smend extendió la pluralidad de contenidos de la norma al establecer que incluso en momentos coincidentes, la norma puede variar conforme al lugar de aplicación. Así un texto puede cambiar conforme a condiciones temporales y espaciales, en donde el elemento que explica la variación de significados de la norma es de índole cultural.

Häberle pone el énfasis en la idea de que toda sociedad abierta (plural y tolerante) y democrática requiere de un consenso cultural fundamental (el orden constitucional) que hace posible tanto la cohesión como la apertura. Toda Constitución tiene como antecedente cultural la suma de las experiencias propias que el constituyente toma en cuenta para seleccionar las instituciones y darles un contenido determinado; pero también incluye una serie de demandas y expectativas que se producen en la sociedad en el momento mismo en que se lleva a cabo el acto constitutivo. En la cultura constitucional existen elementos de diferentes partes del mundo que se aportan a la visión de Estado constitucional de nuestro tiempo, ejemplo de ello sería el federalismo norteamericano que se ha reproducido en muchos países, o los derechos humanos, cuyas primeras manifestaciones históricas de carácter contemporáneo se dieron en Estados Unidos y en Francia, que en la actualidad han sido interiorizados por todas las sociedades contemporáneas donde existe el Estado constitucional. Lo anterior significa que las contribuciones de cada sociedad, en cada etapa histórica, tienden a incorporarse a la cultura jurídica compartida, sin perjuicio de que cada sociedad lo haga aportando sus propios matices. En ese sentido el Estado constitucional es un producto multicultural.¹⁷

Las culturas jurídicas de este tiempo tienen un componente nacional y otro compartido. Esas circunstancias nos permiten distinguir diversas familias jurídicas, entre otras: la francesa, la germánica, la escandinava, la inglesa, la rusa, la islámica y la hindú. En términos sintéticos podemos hablar de una familia romano-germánica, de una socialista, del *common law*, y de los derechos religiosos y tradicionales.¹⁸ Derivado de la clasificación anterior, en el derecho constitucional existen los siguientes estilos constitucionales: democracia racionalizada, democracia social, democracia socialista y sistemas autoritarios. También podemos reconocer en cuanto a las formas de gobierno, la familia presidencial, la semiparlamentaria y la parlamentaria. Si atendemos a la protección de los derechos humanos podemos hablar de sistemas garantistas y no garantistas. Si estimamos la forma de Estado podemos encontrar las familias federativas y las familias unitarias. Si consideramos los contenidos prestacionales a cargo del Estado, tendremos una familia social y otra en la que no se prevén obligaciones prestacionales de carácter social a favor de los ciudadanos. Si utilizamos como criterio de clasificación la

diversidad de formas democráticas determinaremos sistemas representativos, participativos y mixtos. Si adoptamos como criterio los tipos de control político y jurisdiccional tendremos una familia responsable (donde existen esos controles al poder) y una familia arcaica (en donde no existen tales límites y controles).

Cada vez es más importante la visión del derecho desde la cultura jurídica, al grado de que autores como Zagrebelsky señalan que:

Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las Constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí la solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio... Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la “cosa” misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o en el Estado de Israel... lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, son las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado.¹⁹

La cultura jurídica dota de sentido al ordenamiento jurídico, sin una cultura jurídica no sería posible aprehender los significados de las normas jurídicas ni el de las instituciones. De ahí su trascendencia, la que generalmente permanece ignorada o no advertida con suficiencia por los operadores jurídicos (jueces, autoridades, litigantes, etcétera).

IV. Recapitulación

El ser humano y la vida social son elementos condicionantes del derecho. El ser humano, más allá de su dimensión biológica, es un ser libre con capacidad de elección. Sin la libertad humana no habría vida social, historia, cultura, ni por supuesto normas que regulen la conducta humana con carácter coactivo o autoridades que las impongan. El derecho puede facilitar o dificultar la realización de la libertad humana o cualquier otro fin o valor del derecho como la dignidad, la justicia, la igualdad o la seguridad jurídica.

La libertad de elección del ser humano no es un elemento abstracto, está en relación con otros elementos de la persona y con las circunstancias particulares de cada sociedad. El derecho toma en cuenta esa compleja realidad, para que sus normas y la interpretación que de las mismas hacen las autoridades, se vinculen a los elementos individuales, sociales y culturales, que definen la vida humana social que se materializa históricamente.

Para Aristóteles no hay persona sin vida social, pues es relación con los demás en donde se desarrolla el pensamiento y la cultura. En las sociedades contemporáneas no hay vida social sin derecho; sin embargo, tanto el derecho como el Estado son productos históricos, son consecuencia del desarrollo humano. Es posible que pueda haber sociedad humana sin derecho y sin Estado, por lo menos así lo postulan corrientes del pensamiento como el marxismo o el anarquismo.

La sociedad es el conjunto organizado de individuos que viven establemente diversos tipos de relación en un tiempo y espacio determinados, en donde el derecho es un aspecto de la sociedad. En las sociedades contemporáneas el derecho está en todas partes, son sociedades que juridifican casi todas las actividades humanas; sin embargo, el hecho de que el derecho regule casi todas las conductas humanas no necesariamente significa que sea más justo. La justicia del derecho tiene que ver, en términos generales, con la manera en que las normas jurídicas y las instituciones garantizan y protegen los derechos humanos y desarrollan los procedimientos democráticos.

El derecho ha evolucionado de las sociedades primitivas a nuestra época. Existen diversos niveles o grados de juridicidad que explican la complejidad y el desarrollo de las sociedades y del propio derecho. Existen tres explicaciones sobre el origen del derecho y el Estado: 1) la marxista, que indica que el derecho surgió en torno a la apropiación de los recursos hidráulicos de los ríos; 2) la religiosa, que justifica lo jurídico a través de la aceptación humana de la coerción, y 3) la conflictualista, que señala el origen del derecho en relación con el tratamiento del conflicto social por vías institucionales y pacíficas.

Las funciones del derecho en la sociedad se explican desde las vertientes conflictualista, esencialista y funcionalista. La conflictualista sostendrá que el derecho debe regular los conflictos de intereses económicos y de carácter ideológico, ya sea para prevenirlos, solucionarlos e inclusive fomentarlos, pero de forma justa e igual para todos. La esencialista propone que el derecho realice y materialice la justicia y los demás valores del derecho. La dimensión funcional entiende a la sociedad como un todo coordinado y en equilibrio, en el que el papel del derecho consiste en mitigar el conflicto, en facilitar las relaciones sociales y en reprimir las conductas que se consideren irregulares por la sociedad.

El derecho suele ser presentado como un instrumento de conservación y mantenimiento del *statu quo* y por tanto en manos de los poderosos para la defensa de sus intereses; sin embargo, el derecho también puede ser instrumento de transformación y de cambio en la sociedad, tanto para reformar condiciones de la vida social como para sustituirlas y proponer otras alternativas, más justas y democráticas.

La cultura es un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como integrante de una sociedad determinada. Lo medular del concepto cultura son las ideas y categorías del pensamiento, seleccionadas y transmitidas históricamente, así como sus valores concomitantes. La cultura es contemplada en cuatro niveles y en tres aspectos. Los niveles son: 1) el histórico, en cuanto a las tradiciones y legados sociales; 2) el normativo, integrado por las reglas y usos sociales así como por los valores e ideales de conducta; 3) el psicológico, consistente en procesos de aprendizaje y en costumbres seculares, y 4) el estructural, que son los modelos de organización de la propia cultura. Los aspectos de la cultura son: 1) el tradicional, que ahonda en lo que fue —tradiciones y legados—; 2) el innovador, que propone con lo que fue el cambio social, y 3) el pluralista, que destaca que en las sociedades contemporáneas la cultura no es homogénea, pues diversas culturas pueden convivir en una sociedad concreta.

El derecho es parte de la cultura de una sociedad y todo derecho presenta rasgos culturales específicos que atienden al tiempo histórico y al espacio geográfico, al igual que a la familia jurídica en la que se integra ese derecho concreto. Otros factores como el nivel de desarrollo de la sociedad o las características políticas de una sociedad influyen en los elementos que conforman cada cultura jurídica, la cual puede ser externa e interna. La externa es la que reside en toda la población, son las expectativas y sentidos que los integrantes de una sociedad dan a su respectivo derecho. La cultura jurídica interna es el sentido y significado que los miembros de las profesiones jurídicas confieren al derecho.

Las culturas jurídicas de nuestro tiempo tienen un componente nacional y otro compartido en virtud de la interdependencia entre las naciones. No hay por tanto cultura jurídica aislada. A pesar de la importancia de toda cultura jurídica porque dota de sentido y significado a las normas jurídicas y a las instituciones, su trascendencia permanece generalmente ignorada o no advertida con suficiencia por los expertos jurídicos.

Cuestionario

1. ¿Cuáles son los dos elementos condicionantes del derecho?
2. ¿Favorece siempre el derecho al desarrollo humano?
3. ¿Existieron sociedades sin derecho?
4. ¿Por qué en las sociedades contemporáneas el derecho está en todas partes?
5. ¿Qué corrientes filosóficas han postulado sociedades sin derecho?
6. ¿Cuáles son las etapas de evolución del derecho?
7. Explique, a partir de sus posibles orígenes, las tres dimensiones del derecho.
8. ¿Cuáles son las principales funciones del derecho en la sociedad?
9. ¿Es el derecho un obstáculo al cambio social o un instrumento de transformación?
10. ¿Cómo puede ser entendida la cultura desde la antropología y la sociología?
11. ¿Por qué el derecho forma parte de la cultura?
12. Señale las diferencias entre cultura jurídica externa e interna.
13. ¿Qué posibles significados tiene la cultura constitucional?
14. ¿Por qué los grandes problemas jurídicos no se encuentran siempre en las Constituciones o en las leyes?
15. Defina los siguientes términos: ser humano, sociedad y cultura.