

# ¿Qué es el derecho? Una concepción desde la cultura

## What is Law? A cultural conception

Fernando Charría-García<sup>1</sup>

### Resumen

El presente ensayo pretende dar una respuesta más precisa a la pregunta de la Filosofía Jurídica sobre lo que queremos decir y significar cuando hablamos de derecho. En tal sentido, se lo presenta como un instrumento-campo hijo de la cultura antropológicamente entendida, cuya pretensión es la construcción, siempre inacabada, de un orden en una sociedad determinada que ha sido construida e instituida imaginariamente, introduciendo unos nuevos elementos que han de contribuir al entendimiento de esta pregunta.

Lo anterior supone una ampliación estructural del concepto, que presenta nuevas posibilidades para la investigación jurídica, pues acoge aspectos que con anterioridad no eran reconocidos como parte del derecho, permitiendo una mejor comprensión del fenómeno y dejando abierta la posibilidad para los debates.

**Palabras clave:** normas - jurisprudencia - doctrina - instituciones - formación de cuadros - cultura.

### Abstract

This essay intends to provide a more contemporary answer to a question of legal philosophy: what we mean when we talk about the Law. In this sense, it is presented as an instrument-field originated in culture —seen from an anthropological perspective— whose claim is the always unfinished construction of an order in a given society constructed and instituted by the imaginary. New elements are introduced which will contribute to the understanding of what the Law is. This implies a structural extension of the concept that presents new legal research possibilities, since aspects that were not previously recognized as part of the Law are now included, thus enabling a better understanding of the phenomenon and opening the possibility of debate.

**Keywords:** norms - jurisprudence - doctrine - institutions - culture

### Derecho / Ensayo científico

Citar: Charría-García, F. (2019) ¿Qué es el derecho? Una concepción desde la cultura. *Omnia. Derecho y sociedad*, 2 (2), pp. 77-89.

<sup>1</sup> Docente investigadores de la Universidad Cooperativa de Colombia, Cali y de la Universidad Libre, Seccional Cali.

## INTRODUCCIÓN

Como resultado del compromiso para dictar clases de Introducción al Derecho, tuvimos la necesidad de recordar los varios textos leídos durante nuestra formación como abogados, releer otros y leer algunos más, fruto de lo cual se nos fue creando la sensación de insuficiencia de las explicaciones sobre qué es el derecho. Por ello, nos dimos la libertad de intentar una respuesta con base en las prácticas jurídicas que habíamos tenido durante la vida y de las reflexiones allí surgidas, para plantearnos la pregunta ya tradicional de ¿qué es el derecho?

### 1. EL DERECHO BASE DE LA PARTIDA

En su desarrollo conceptual, el derecho, según se comenta en Monroy (2006), ha sido entendido de muy variadas maneras. Por ejemplo, como un conjunto de normas y decisiones jurídicas destinadas a regir la conducta humana en orden al bien común; como un sistema o conjunto de normas que regulan la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones; como el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran efectivamente en un medio y época dados, la realización de la armonía social, fundado, por una parte, en las aspiraciones colectivas o individuales, y, por otra, en una concepción, aunque sea poco precisa, de la noción de derecho. Asimismo, ha sido entendido como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento; como el conjunto de reglas, a las cuales está sometida la conducta exterior del ser humano en sus relaciones con los semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la

humanidad, aparecen susceptibles de una sanción social, en caso de necesidad coercitiva, son o tienden a ser provistas de semejante sanción y de ahora en adelante se ponen bajo la forma de mandatos categóricos determinando las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad.

Frente a las anteriores concepciones del derecho y muchas otras que haría extensísimo la sola tarea de enunciarlas, por lo que no se realiza, nos parecen todas en extremo reduccionistas ante la realidad social y lo que consideramos es el derecho, pues podríamos afirmar que el derecho pretende el establecimiento de un orden determinado como respuesta a la complejidad y al conflicto social.

Entendemos pues, que el ser humano es un ser fundamentalmente relacional, que se relaciona por lo menos en cuatro niveles: con los otros, es decir, con las otras personas, con los animales y con las plantas; con lo otro, es decir, con las cosas, los fenómenos y las ideas; consigo mismo, es decir, con el mundo interior de cada cual; y finalmente, con las trascendencias, esto es, con todas aquellas formas que el ser humano tiene que lo hacen ir más allá de sí mismo y que acogen no solamente a lo religioso (González, 2003), sino a otras formas como las artísticas, las políticas, las guerreras, entre otras esferas humanas.

Así mismo el concepto de cultura ha evolucionado desde la definición de cultura que hiciera Taylor como: "Cultura (...) es ese todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad", pasando por la de Franz Boas quien la definiera como "La cultura incluye todas las manifestaciones de los hábitos sociales de una comunidad, las reacciones del individuo en la medida en que se ven afecta-

das por las costumbres del grupo en que vive, y los productos de las actividades humanas en la medida en que se ven determinadas por dichas costumbres” (Kahn, 1975), hasta llegar a las más contemporáneas con Clifford Geertz.

Igualmente, entendemos también que el conflicto es algo de la misma naturaleza humana y de su forma relacional antes enunciada, todo lo cual sucede en el ámbito individual y colectivo, por lo que el conflicto debe tramitarse, gestionarse, sublimarse, toda vez que acabar el conflicto supone la muerte (Charria, 2007).

Fruto de lo relacional y del conflicto es que se construye la cultura que implica la existencia de cuatro (4) grandes capacidades que actúan como una especie de plataforma de desarrollo sobre las que descansa la cultura, estas capacidades son a saber: 1. El Aprendizaje; 2. El Pensamiento simbólico; 3. La Manipulación del lenguaje y 4. El uso de herramientas y otros productos culturales (Kottak, 1997), todo lo cual se enunciará más adelante cuando asumamos ahondar el concepto de cultura, pero podemos avanzar diciendo en todo caso que, el ser humano queda sujetado a la cultura por ser esta todo aquello que produce como hijo de la sociedad y que tiene que ver con las formas y con los símbolos.

## 2. LA SOCIEDAD INSTITUIDA

La primera forma de la sociedad es su condición original, de la cual surgirá la humanidad, que es una condición diferente a la original y que está construida sobre una madeja de significaciones. Este estrato original ya está ordenado, pero lo que por ahora nos importa es que lo que está ordenado no puede ser separado de lo que lo ordena (Castoriadis, 1993: 109).

El ser humano desde su nacimiento solo puede ser sujeto en la medida en que se construye como tal, ya Freud señala ese proceso indicando que en el principio el ser solo puede referirse a sí mismo, en ese sentido,

el pecho materno, o lo que hace de tal, forma parte, sin ser una parte distinta, de lo que más adelante se convertirá en cuerpo propio, pero que todavía no es evidentemente un cuerpo. La libido que circula entre el *infans* y el pecho es libido de autocarga. (Castoriadis, 1993: 204).

En la medida en que se establece una ruptura de la *psique*, surge la historia de una serie de representaciones como diferenciadas y diferentes, un flujo representativo/afectivo/intencional que nos acompaña durante toda nuestra vida.

Entonces el sujeto que es un individuo social, producido a la medida de la sociedad que lo acoge, la que a su turno es también creada por este individuo social, requiere de una forma de organización que se impone a la *psique*, que “una cierta realidad se establezca como lo otro respecto del sujeto, para que el principio del placer sufra la distorsión-transformación de la que surgirá el principio de la realidad” (Castoriadis, 1993: 210).

El proceso de la institución social del individuo, es decir, de la socialización de la *psique*, es la imposición de la relación al otro y a los otros (que es siempre y a la vez tanto una fuente de placer, satisfactoria, como una fuente de *displacer*, perturbadora), de una sucesión de rupturas infligidas, y la *psique* genera un exterior para colocar en él el pecho del *displacer*. Lo que luego se convertirá en mundo y objeto es literalmente *proyección*, que en su origen es expulsión del *displacer*.

Al mismo tiempo, la otra cara del pecho, como pecho gratificante, sigue sometida al esquema de la inclusión, solo que ya no puede ignorar sin más la relativa alteridad del objeto (Castoriadis, 1993: 219), pues esa omnipotencia que el bebé confiere al pecho está obligada a ponerla en otro que solo se puede constituir si proyecta sobre él su propio esquema imaginario de omnipotencia. A partir de este momento queda instaurado el *pattern* fundamental de la fantasía como esquema esencialmente triádico que implica siempre al sujeto, el objeto y el otro (1993: 221)

La identificación deja de ser autística para convertirse en identificación con algo o alguien (en general, ambas cosas al mismo tiempo); en ella alternan simultáneamente como distintas pero indisociables la posición del sujeto y del otro (que, una vez más, no es otra cosa que la proyección del sujeto en su omnipotencia) y la posición del sujeto como el objeto puesto (por el sujeto) como objeto del deseo del otro.

Un boceto germinal de la norma se expresa en el bebé, desde cuando el “otro como dueño del placer y del displacer, es origen y fuente imaginaria de un ‘hay que’ y ‘no hay que’” (Castoriadis, 1993: 225). De igual manera, el desarrollo neuronal cognitivo, ubicado en el lóbulo orbito frontal izquierdo inferior, en la medida de su proceso de madurez, es el lugar en donde se permite la estructuración de la norma.

El acceso al signo y luego a las significaciones no es todavía nada en lo que respecta a la constitución de la realidad y del individuo. Durante todo el tiempo en que, entre el niño y el otro, solo hay un lenguaje —y aun cuando ese lenguaje solo pueda existir en el otro por medio de su institución social y como acompañante virtual de todo el ser de lo social—, el otro no puede ser destituido de su posición imaginaria. Únicamente es posible destituir

al otro de su omnipotencia imaginaria si se lo destituye de su poder sobre las significaciones. El otro solo puede llegar a ser real —y de tal suerte hacer también reales los objetos y el mundo— si es destituido de su potencia, es decir, si es limitado; y únicamente solo puede ser limitado en y por la realidad que no tiene nunca otra significación que la que le es atribuida y, a los ojos del niño, precisamente por el otro (Castoriadis, 1993: 226-227).

Es necesario que el niño sea remitido a la institución de la significación y a la significación como instituida y no dependiente de ninguna persona en particular. (Castoriadis, 1993: 228). Sobre la base de lo anterior, la organización del mundo está soportada en el estrato natural, pero dicha organización toma lo que la misma organización permite que tome lo que la sociedad ha planteado; y, por último, la formación-transformación es concretada por modificaciones del mundo sensible: de tal suerte que, finalmente, aquello sobre lo cual se da el apoyo resulta alterado por la sociedad por el hecho mismo del apoyo, pues la institución del mundo de las significaciones como mundo histórico-social es *ipso facto* inscripción y encarnación en el mundo sensible a partir del cual este es históricamente transformado en su ser-así. (1993: 298).

Pero es frente a la idea de la unión de la sociedad que el profesor Castoriadis señala que dicha unión está dada por el mantenimiento conjunto de su mundo de significaciones, que permite pensarla como esta sociedad y no otra, por lo que responde al mundo de significaciones en tanto institución de ese magma de significaciones imaginarias sociales, organizado precisamente así y no de otra manera, comprobando que la sociedad solo existe en tanto se instituye y es instituida, acción que requiere de significación (Castoriadis, 1993: 306-307).

Estas significaciones son aquello por medio de lo cual, y a partir de lo cual, los individuos son formados como individuos sociales, con capacidad para participar en el hacer y en el representar/decir social, que pueden representar, actuar y pensar de manera compatible, coherente, convergente incluso cuando sea conflictual (Castoriadis, 1993: 316).

Una sociedad concebida así, supone una entidad naturalmente transformadora y transformada, construye una dinámica de creación infinita hacia un lugar desconocido, pero determinado, por las posibilidades de la cultura.

Ubicados los anteriores desarrollos en un espacio determinado, concreta el surgimiento de una serie de factores de organización del territorio y del poder, que generan una perspectiva de gran complejidad cuyo avance no es hacia una solución de simplicidad, sino de mayor complejidad, en donde el conflicto tanto a nivel individual como a nivel grupal del ser humano es de su naturaleza. Decimos esto por cuanto la sociedad tiene una tendencia natural a la entropía (Silvestrini, 2000) y en la naturaleza del ser humano el conflicto le constituye como razón de natura y, por tanto, le es propio.

Estas realidades obligan a la construcción de un determinado orden, al cual el derecho se encamina como una herramienta-campo, como un instrumento-campo que es usado para dicha construcción, herramienta o dispositivo importante y fuerte, dada su capacidad para el uso legítimo de la coerción, pero entendiendo que también existen otros dispositivos o herramientas para ello, como la política, los medios de comunicación masiva, el sistema educativo, entre tantos otros.

Entonces, para el logro de su propósito que es el orden, el derecho estructura una complejidad a partir de la realidad de la cultura, entendida esta de la manera en que lo señala la Ley

397 del 7 de agosto de 1997, de Colombia, que dice en su artículo 1:

Cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias.

Tal concepción supone entender como cultura todo lo que el ser humano es capaz de crear como hijo de la sociedad.

### **3. EL DERECHO COMO UNA COMPLEJIDAD INACABADA**

El derecho entonces, como construcción cultural humana de lo social, no puede ser reducido a unas normas o a un simple sistema de normas, pues ello deja por fuera una mirada más comprensiva y compleja del derecho; porque más allá de las meras normas están los procesos de institucionalización de ese sistema normativo, como lo señala Prieto (1994) al referirse al “derecho de la cultura”, lo cual incluye, además, a los sujetos especializados que requiere para su implementación, a la jurisprudencia como resultado de las decisiones de los juzgadores, a la doctrina como resultado de las indagaciones académicas, a las reflexiones e investigaciones sobre toda la complejidad que constituye el derecho o que afecta al derecho, y por último, a la enseñanza del derecho como otro elemento sustentador del campo jurídico, campo que se construye desde la idea de Bourdieu.

Nuestro criterio es que el derecho, además, es dinámico y se transforma permanentemente, características que ha tomado por ser hijo de la cultura. En tal sentido, el derecho es un proceso permanente e inacabado

de creación y transformación, que entendemos como progreso y autonomía del derecho (Vaquer, 1998).

Pero en el desarrollo de su corpus, el derecho es un instrumento-campo, lo cual desarrollaremos más adelante en el punto 3.7.

### **3.1 EL DERECHO COMO SISTEMA DE NORMAS JURÍDICAS**

La norma jurídica se caracteriza porque su interés está en regular los comportamientos humanos en sociedad, para lo cual prescribe un determinado “deber ser”, apoyada por la coerción legítima que implica la aceptación social de la idea de que el Estado puede hacer uso de la fuerza para “urgir” el comportamiento y generar la regulación del orden que se pretende, debidamente consagrado en la Constitución (La Torre, 1998).

Cuando nos referimos a un verdadero sistema de normas (González, 1995), nos estamos refiriendo al hecho de que han debido ser producidas de una manera previa, prescrita y aceptada jurídicamente; que están estructuradas por unidades de materia —lo que les confiere mayor claridad—, lo cual supone su caracterización y sistematización, para ser aplicadas por las diferentes autoridades legítimamente constituidas; que los comportamientos que prescriben pueden ser reclamados legítimamente ante aquellas autoridades que están instituidas para resolver los conflictos de adecuación o inadecuación de los comportamientos, por cuanto se entiende que los referentes constitucionales consagran asuntos que la población de ese país considera que son los que ética, social, política, económica y culturalmente requiere para su convivencia y, en fin, que pueden ser transmitidas y generar sus propios cuadros especializados por su enseñanza-aprendizaje.

### **3.2. DE LA CREACIÓN DE LAS NORMAS**

Para Kelsen (1994) la palabra “norma” designa “una reglamentación o una orden (...) significa que algo debe ser o suceder. Su expresión idiomática es un imperativo o una frase referente a lo que debe ser”, y entrará en vigor sobre la base de un acto volitivo que la engendra o sobre la base de la costumbre.

Para que las normas jurídicas volitivas sean consideradas como tales, requieren de un proceso de creación previamente prescrito que producirá una diversidad tipológica normativa que puede ser de normas de mandato, normas de permisión, normas de derogación, de autorización o de decreto de condición; en todo caso, la norma implica un imperativo de la voluntad (Cárdenas, 2006). Este proceso requiere de un lugar institucionalmente definido, que es el Poder Legislativo. Es allí pues donde tienen nacimiento las leyes, mediante un procedimiento específico, el cual no puede ser alterado so pena de que dicha ley no sea considerada como tal, toda vez que, en las democracias modernas, los medios y los fines son una manera de regular los pesos y contrapesos del sistema.

El hecho final en el que hay que insistir es que las normas jurídicas, sean leyes u otras normas jurídicas, para que tengan validez, deben ser expedidas no solamente por la autoridad competente, sino de acuerdo con los señalamientos contemplados para su expedición en la Constitución política, lo cual nos remite a la necesidad de entender que se trata de actos volitivos, coercitivos y legítimos, puesto que las personas aceptan y asumen dichos actos como los que deben ser (Kelsen, 1994).

### **3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO NORMATIVO**

Como estamos frente a un sistema de normas, debemos comprender que esas normas implican una institucionalización y un sistema.

Lo anterior significa que se requiere de instituciones capaces de generar las normas de acuerdo con los mandatos escritos para ello, así se estén presentando inevitables deslizamientos entre una institucionalidad especializada en la creación de las normas jurídicas —como es la rama legislativa—, y otras encargadas preferentemente de su ejecución —como es la rama ejecutiva—, tal como sucede hoy en día.

Al respecto, las nuevas funciones que incumben a los poderes públicos del Estado social afectan a la posición de la Ley en el conjunto del ordenamiento, reflejo de una reordenación de la relación entre los poderes y de la relación legislación-administración, donde el principio de legalidad del Estado liberal resulta atacado tanto por una situación general de desregulación, mediante la ampliación de la potestad reglamentaria de la Administración y de la potestad legislativa por parte del Ejecutivo, como por la regulación detallada de la ley en aspectos cada vez más concretos. (Galiana, 1999)

Este proceso de institucionalización nos remite a lo que ya hemos indicado de la “sociedad instituida”, pues lo que realizamos es instituir una forma de organización que tiene que ver con el lugar de creación de las normas jurídicas y lo que ello supone, incluso con los deslizamientos de poder y de lugar de poder que se indicaron.

Se requerirá, igualmente, de instituciones capaces de ejecutar sus mandatos en los diversos campos de la vida social, por medio de la rama ejecutiva; así como de una institucionalidad que se ocupe de resolver, de acuerdo

con los valores y principios fundantes y con las normas jurídicas vigentes, los conflictos y tensiones de lo social; también de instituciones que una vez se desate la controversia, generen los espacios para cumplir las sanciones y los procesos de reincorporación al orden social, a que hubiere lugar.

Finalmente, se requiere de instituciones capaces de dar garantía de pervivencia o continuidad del sistema, es decir, instituciones capaces de sostener y alimentar el sistema competentemente, cuestión esta que abordaremos más adelante en este escrito.

### 3.4 DE LA JURISPRUDENCIA COMO DERECHO

Se indica que originalmente la jurisprudencia designó la opinión de los autores, pero en su desarrollo pasó a ser la opinión de los juzgadores a través de sus decisiones judiciales (Díaz, 1966).

La jurisprudencia en general presenta tres sentidos, uno que tiene enorme relevancia en los países del *common law*, que se la entiende como el derecho, pues su labor es crear el derecho a partir del estudio de casos, conformando el sistema de precedentes; en otro sentido se la entiende como un conjunto de sentencias, fallos o dictámenes efectuados por los jueces, altos tribunales o por los órganos jurisdiccionales; y finalmente, como un conjunto de sentencias dictadas sobre un mismo aspecto y en el mismo sentido (González, 1995).

Lo interesante es que la jurisprudencia desempeña un papel central, pues en el derecho continental de raigambre romano-germánica, no solamente permite desatar la *litis* mediante el esfuerzo de interpretación que el juez realiza para efectuar la adecuación entre el caso concreto y la norma general y abstracta, sino que en dicho proceso, en oportunidades, el juez puede realizar una decisión integradora

del sistema basado en los principios constitucionales (Daza Duarte y Quinche Pinzón, *s/f*), cuando de lagunas o vacíos legales se trata.

En nuestro derecho continental las sentencias se componen de tres partes, una relativa a la decisión propiamente dicha o *decisum*, que es la parte que hace tránsito a cosa juzgada; otra parte, la *ratio decidendi*, que son los argumentos y fundamentos jurídicos que fueron base para la decisión judicial tomada, que es la parte que se vincula con el precedente judicial; y por último los *obiter dicta*, que hacen referencia a las razones no necesarias para la decisión judicial, pero presentes en la sentencia, por lo cual solo se le asigna valor de fuerza persuasiva como criterio auxiliar no obligatorio.

Visto lo anterior, frente al sistema, es notoria la importancia de la jurisprudencia en términos de otorgarle seguridad jurídica, de realizar una labor de uniformidad de sentencias y de perfeccionamiento del sistema en cuanto llena lagunas o vacíos normativos, y porque concede garantías de protección a las posibles expectativas patrimoniales que las partes pueden tener en desarrollo de sus actividades sociales con impacto jurídico.

Vale anotar que tanto en el *common law* como en el derecho continental se han efectuado “acercamientos” entre uno y otro sistema. Así, en el *common law* encontramos el *statute law* que no es otra cosa que las normas creadas por los Estados y los parlamentos; mientras que en el derecho continental adquiere más importancia la jurisprudencia con el precedente judicial.

Preguntarse si los dos sistemas del *common law* y *civil law* se han acercado o si la jurisprudencia de unos y otros es sustancialmente diferente, para efectos de nuestra inquietud, no es muy pertinente, por cuanto es indudable que, tanto en uno como en otro sistema, la

jurisprudencia es derecho dentro de los límites que cada sistema le confiere.

### 3.5 DE LA DOCTRINA COMO CONSTRUCTORA DE DERECHO

La doctrina es el resultado de los procesos de investigación o de reflexión sistemática sobre los distintos aspectos que conforman el derecho, expresados en los varios medios presentes o futuros, tales como los libros, monografías, tratados, investigaciones, revistas académicas, publicaciones académicas en Internet, etc.; que sirven para la interpretación, la reforma o la modificación, y el progreso o creación del derecho.

En la vida actual, el campo de investigación jurídico no es, ni podría serlo, exclusivo de los abogados o juristas, pues cada vez se impone más una visión del mundo interdisciplinar o incluso transdisciplinar, lo cual supone que el fenómeno jurídico puede ser estudiado por otras ciencias.

En el ámbito del mundo latinoamericano, la construcción de pensamiento de vanguardia o crítico está “asignada” de manera preferente a las instituciones de educación superior (universidades, instituciones universitarias, etc.); aunque es posible que organizaciones de carácter privado dedicadas al desarrollo investigativo también lo hagan.

Estas instituciones de educación superior están estructuradas para que uno de los mayores indicadores de su condición sea precisamente la investigación y, con ello, la socialización del saber por ellas adquirido. Tal estructuración pasa por la conformación de grupos de investigación de los docentes, con los tiempos adecuados para la investigación, los recursos económicos, materiales y de personas, así como unos medios de difusión de los resultados.

Esta estructura permite que sus resultados se expresen principalmente en las revistas académicas, que conllevan exigencias asociadas con estándares nacionales e internacionales que les permiten garantizar su calidad, y con ello garantizar que los artículos publicados cumplan con esas especificaciones, redundando en beneficio de la revista y del trabajo publicado.

Entonces, las revistas se están convirtiendo en los principales vehículos que socializan los saberes adquiridos, que para nuestro caso son los del derecho o acerca del derecho, con lo que se acredita al grupo de investigación y a la universidad o institución investigativa, y se contribuye con la construcción de inquietudes investigativas en los estudiantes y en los semilleros de investigación que trabajan en la investigación formativa.

Finalmente, el ámbito de la doctrina jurídica se desarrolla en las reflexiones o investigaciones del campo del derecho o sobre los asuntos que lo afectan. Esto significa que otras ciencias puedan colaborar de manera importante a la construcción del derecho, tal los casos de la filosofía, de la historia, de la antropología, la sociología, incluso la medicina, cuando por ejemplo, es sobre la base de los avances de las ciencias de la salud que es posible la existencia de la fecundación *in vitro*, o de la paternidad por el “alquiler de vientre”, todas circunstancias sociales que al ser descritas, caracterizadas, explicadas y analizadas por estas ciencias, sirven de respaldo al derecho y a la creación normativa, jurisprudencial y doctrinaria de este, así como de su enseñabilidad.

### **3.6 DE LAS PERSONAS COMO CUADROS ESPECIALIZADOS DEL DERECHO PARA EL DERECHO Y SU ENSEÑANZA FORMAL**

Esta complejidad que es el derecho debe garantizar su supervivencia, generando sus propios cuadros.

En el desarrollo de lo anterior se estructura todo un sistema de enseñanza del derecho, cuyo propósito es la generación de verdaderos cuadros especializados que habrán de insuflar a toda la complejidad de que hemos venido hablando.

Son las universidades las que de manera particular han asumido esta labor para entregar profesionales del derecho y ofrecer todos los ámbitos posgraduales, sea en especializaciones, maestrías, doctorados o postdoctorados, estructurando las habilidades y competencias pertinentes de cada nivel, y asegurando la construcción de pensamiento organizado y crítico sobre el derecho.

Quienes egresen de cada uno de estos niveles han de comportarse consecuentemente, de tal suerte que, por ejemplo, en los casos de los doctorados y postdoctorados, se encuentren en la punta de lanza del pensamiento del derecho y empujen sus más refinados desarrollos.

De igual manera, contempla todo el sistema de actualización por procesos educativos no formales, en cuanto no conducentes a título. Este amplio campo involucra lo que conocemos como diplomados, cursos, seminarios, talleres, conferencias, mesas redondas, foros, etc., como espacios que actualizan y fortalecen el campo. Estos procesos podrán estar asentados en las universidades o en otras instituciones que bien pueden ser de carácter oficial como la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, o incluso de carácter privado como cuando fundaciones, corporaciones o asociaciones se unen con organizaciones de enseñanza para desarrollar diferentes procesos de enseñanza o investigación en el ámbito del derecho.

Este sistema de enseñanza asume, igualmente, todo el trasunto de la socialización del

saber jurídico e incorpora las posibilidades de edición de libros, monografías, investigaciones, revistas, manuales, videoconferencias, DVD, etc., todo tipo de documento en soporte material o no.

Lo relatado contribuye de manera importante a la construcción y el fortalecimiento de habilidades y competencias técnicas que serán imprescindibles para la sustentabilidad del sistema jurídico y la construcción del orden pretendido, como capital cultural.

Pero tal vez lo más importante es que es el espacio socialmente instituido como el idóneo para construir la idea del derecho y de su progreso, incluyendo toda su concepción de campo, con tensiones y distenciones por su posicionamiento, arrastrando también en esa lucha, con el posicionamiento e idea del derecho que conlleva.

### 3.7 DEL DERECHO COMO UN CAMPO

Como hemos venido diciendo, el derecho es un producto cultural, entendiendo por cultura lo que se indica en la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales, del año 2007, que dice así:

El término 'cultura' abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo. (Grupo de Friburgo, 2007)

Así las cosas, no cabe duda de que el derecho es un producto cultural surgido de todo aquello que el ser humano puede hacer como hijo de la sociedad, por lo cual se ha de entender como cultura.

Entendido así, el derecho se convierte es un instrumento-campo que contribuye a la construcción de un orden.

Por eso Bourdieu define el concepto de campo como un conjunto de relaciones de fuerza entre agentes o instituciones, en la lucha por formas específicas de dominio y monopolio de un tipo de capital eficiente en él (Gutiérrez, 1997). Ello implica relaciones de alianza entre los miembros del campo, en búsqueda por obtener mayor beneficio e imponer como legítimo aquello que los define como grupo y, de igual manera, las colisiones y pugnas por confrontaciones entre sujetos y organizaciones con el interés de obtener un mejor posicionamiento y también oportunidades, para desvirtuar y excluir sujetos y organizaciones.

En esta tensión múltiple y diversa, aparecen tres conceptos interrelacionados que juegan un papel determinante: campo, capital y *habitus*.

En la idea de campo aparecen los productores, consumidores y distribuidores de bienes y servicios, con sus correspondientes instancias legitimadoras y reguladoras, las cuales variarán a lo largo de la historia y del lugar que ocupen el sujeto o las organizaciones en este ámbito (Sánchez, 2007).

El capital cultural puede entenderse como aquel que hace referencia al conjunto de conocimientos y saberes que posee un sujeto, los cuales se distribuyen de forma desigual dadas las diferentes conformaciones naturales de sujetos y organizaciones y, además, tienen un largo proceso para su adquisición e incorporación, permitiendo que aquel sujeto u organización que lo posea se encontrará en una posición de ventaja frente a aquel y aquellas que no los tenga (Sánchez, R. A., 2007).

Es posible entonces hablar de un capital incorporado cuando se hace referencia a las

disposiciones, los conocimientos, las ideas, los valores y las habilidades que adquieren los sujetos y organizaciones a lo largo del tiempo de su socialización y asentamiento, y cuya acumulación presenta como límite las propias capacidades.

También se encuentra un capital objetivo, que hace referencia a los bienes culturales materiales que han sido apropiados por unos u otros, tal como libros, revistas, teorías.

Y un capital institucionalizado, que se refiere a los títulos educativos obtenidos que implican un reconocimiento de ese capital incorporado, diferenciado del de otras organizaciones y sujetos, evidenciando aspectos como el prestigio o reconocimiento de las organizaciones que los otorgan (Sánchez, 2007).

En cuanto al *habitus*, hace referencia a los esquemas mentales y prácticos fruto de la incorporación de visiones y divisiones sociales objetivas que configuran principios de diferencia y pertenencia a ciertos campos (Bourdieu y Wacquant, 2005), confiriendo habilidades y destrezas al sujeto para actuar y moverse al interior del campo, sin previas conceptualizaciones pues son resultado de una serie de disposiciones incorporadas en el curso de una trayectoria (Gutiérrez, 1997).

Dentro del *habitus* se pueden distinguir, según (Pinto, L. 2002), cuatro dimensiones:

Está la dimensión disposicional, compuesta por una parte praxeológica y una afectiva. La primera se involucra con disposiciones y habilidades prácticas, adquiridas dentro de una trayectoria, que provee de un sentido práctico para saber cómo realizar ciertas actividades, sin que haya sido necesario enseñarlas, pues son producto de la interiorización de condiciones y esquemas mentales previos, adquiridos de forma no intencional. Esta situación contribuye a que se olvide su origen de inculcación y aparezcan como dones (Bourdieu y Passeron, 1998).

La dimensión distributiva, que conlleva a que el *habitus* de los sujetos varíe de acuerdo con su posición en el campo, proporcionando una percepción del lugar que ocupan las cosas que le son deseables y las características de este espacio; así como de las diferentes relaciones de distancia o acercamiento que tienen con el resto de los sujetos (Pinto, 2002). En este sentido, esta dimensión proporciona al sujeto una perspectiva del mundo acorde con una posición, las expectativas posibles para él por ser *naturales* para su grupo (Bourdieu, 1991), y define también las cosas imposibles por su lugar y características; es decir, las cosas con las que debe mantener distancia.

La dimensión económica, que se caracteriza por el manejo de los bienes simbólicos del capital, a través del interés y el sentido del juego dentro del campo. El interés se define como la propensión o creencia de que vale la pena lo que se juega en el campo (Bourdieu, 2003); por tanto, hay una fuerte inclinación a valorar las prácticas y los lenguajes. El sujeto adquiere esta inclinación a través de la trayectoria y los ambientes en que se desenvuelve, y de acuerdo con sus condiciones objetivas seleccionará las alternativas que considere más ligadas a sus intereses y posición; en este sentido, la disposición no remite a una elección racional (Gutiérrez, 1997).

Por último, la dimensión categorial, que se refiere al ordenamiento del mundo, que construye los esquemas de percepción y de sentido común, lo que permite resolver problemas cotidianos (Pinto, 2002), dimensión que tiene una escala de apreciaciones y valores que poseen los sujetos. Esta dimensión define los valores y las condiciones conforme al grupo social de pertenencia (Bourdieu y Wacquant, 2005), marcando las cosas importantes que definen un deber ser y las cosas por las que vale la pena luchar.

### 3. CIERRE

La idea de ¿qué es el derecho?, que es nuestra pregunta problema, como bien dejamos arriba anotado, ha tenido múltiples manifestaciones que han generado verdaderas escuelas del derecho, tal el caso de las escuelas del derecho natural, del derecho positivo o del realismo jurídico, para citar algunas pocas; con todo, tales concepciones dejan por fuera un panorama más amplio que permite apreciar una complejidad más completa, que es lo que proponemos.

La concepción de un ser humano relacional es vital para comprenderlo como creador de la cultura, entendida desde su concepción antropológica, facilitando un acercamiento necesario con otros niveles con los que estamos indisolublemente conectados. De igual manera, una concepción de sociedad como una construcción humana —que es más que una idea sistémica— es muy importante para dar cabida a una elaboración más completa del derecho, que es lo que también proponemos cuando señalamos que se trata de un instrumento-campo conformado por unos elementos que son más que las normas, resaltando que se incluyen las instituciones, por ser en ellas que se instauran las normas y ser ellas mismas las que generan los individuos que les corresponden, por incorporar otras fuentes del derecho y, de manera importante, porque la generación de la idea misma del derecho que se constituye, se critica y amplía sus fronteras, se realiza especialmente en la academia (Derrida, 2008) como un espacio socialmente constituido para ello, lo que es vital para poder socializar o resocializar el derecho mismo, incluyendo su propia fuerza y su propia manera de reinstaurarse.

Quisiéramos manifestar que estas reflexiones son puestas en escena con el fin de motivar nuevas discusiones que permitan profundizar

en la idea de derecho, siempre tan cambiante como naturalmente son la sociedad y la cultura humanas, pero que consideramos que aquellas ideas del derecho expuestas al inicio de este escrito, en el acápite que denominamos “El derecho base de la partida” no satisfacen las realidades que hoy vivimos, ni incluyen las tensiones, transformaciones y emergencias que la vida de hoy nos propone.

Por último, estamos siendo conscientes de la importancia de estudiar lo que hemos denominado la enseñabilidad del derecho, como un aspecto que se constituye en directriz del desarrollo posible del instrumento-campo y que requiere ser investigado, por ser una parte generadora y depuradora de la construcción de la idea misma del derecho. Este hecho es de gran importancia, pues al no ser considerado como parte del derecho no se erigen sobre esa base investigaciones, y los desarrollos y transformaciones se pretenden sobre los otros aspectos jurídicos, pretendiendo sus transformaciones sobre la base de personas formadas con mentalidades, ideas y criterios diferentes.

### BIBLIOGRAFÍA

- Bourdieu y Wacquant (2005) *Una invitación a la sociología reflexiva*. Argentina: Siglo XXI editores
- Bourdieu, P. (2003). *El oficio de científico* (Trad. J. Jordá). Barcelona: Anagrama.
- Bourdieu, P. y Passeron, J. C. (1973). *Los estudiantes y la cultura* (Trad. M. T. López Pardiña, 3ª. ed.). Buenos Aires: Nueva Labor.
- Cárdenas, C. A. (2006). “Tomás de Aquino - Hans Kelsen: Teoría de la ‘norma jurídica’ y de la ‘Regla de Derecho’”. *Hallazgos*, Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Castoriadis, C. (1993). *La institución imaginaria de la sociedad*. Buenos Aires: Tusquets editores.

- Charria, F. (2007). *Aproximaciones al Derecho de la Cultura en Colombia*. Tuluá, Colombia: Unidad Central del Valle del Cauca - UCEVA.
- Daza Duarte, S. P. y Quinche Pinzón, R. H. (s/f). "Finalidad de los principios y valores constitucionales en el contexto del estado social de derecho en Colombia", Disponible en [https://www.academia.edu/7062768/FINALIDAD\\_DE\\_LOS\\_PRINCIPIOS\\_Y\\_VALORES\\_CONSTITUCIONALES\\_EN\\_EL\\_CONTEXTO\\_DEL\\_ESTADO\\_SOCIAL\\_DE\\_DERECHO\\_EN\\_COLOMBIA](https://www.academia.edu/7062768/FINALIDAD_DE_LOS_PRINCIPIOS_Y_VALORES_CONSTITUCIONALES_EN_EL_CONTEXTO_DEL_ESTADO_SOCIAL_DE_DERECHO_EN_COLOMBIA) [consulta: 6 de febrero de 2019]
- Grupo de Friburgo (2007). *Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales*. Disponible en [https://culturalrights.net/descargas/drets\\_culturals239.pdf](https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf) [consulta: 23 de mayo de 2019]
- Derrida, J. (2008). *Fuerza de la Ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Díaz, C. (1966). "Las formas de manifestaciones del derecho procesal. La jurisprudencia". *Revista jurídica de Buenos Aires*, n.º II. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/34/las-formas-de-manifestaciones-del-derecho-procesal-la-jurisprudencia.pdf> [consulta: 14 de mayo de 2019]
- Fronzizi, R. (1966). *¿Qué son los valores?: Introducción a la axiología*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Galiana, A. (1999). "La actividad legislativa en el Estado social de Derecho". *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho (CUFD)*. España: Universidad de Valencia. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/cefd> [consulta: 9 de mayo de 2019]
- González, B. (2003). *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid: Civitas.
- González, A. (1995). *Introducción al derecho*. Santa fe de Bogotá: Librería del Profesional.
- Gutiérrez, A. (1997). *Bourdieu y las prácticas sociales*. Córdoba, Argentina: Universidad de Córdoba.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría General de las Normas*. México: Trillas.
- Kahn, J.S. (1975). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Kottak, C.P. (1997). *Antropología Cultural: Espejo para la humanidad*. Madrid: Mc Graw Hill/ Interamericana de España.
- La Torre, A. (1998). *Introducción al derecho*. Barcelona: Ariel.
- Congreso de la República de Colombia (7 de agosto de 1997) [Ley 397 de 1997] DO: 43102.
- Monroy, M.G. (2006). *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis SA.
- Pinto, L. (2002). *Pierre Bourdieu y la teoría del mundo social*. (Trad. E. Molina Yvedia). México: Siglo XXI.
- Prieto, J. (1994). *Cultura, culturas y Constitución*. Madrid: Congreso de los Diputados y Centro de Estudios Constitucionales.
- Sánchez, R. A. (2007). "La teoría de los campos de Bourdieu, como esquema teórico de análisis del proceso de graduación en posgrado". *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 9 (1). Disponible en <http://redie.uabc.mx/vol-9no1/contenido/dromundo.html> [Consulta: 4 de diciembre de 2018]
- Silvestrini, V. (2000). *Qué es la entropía*. Bogotá: Norma SA.
- Vaquero, M. (1998). *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

