
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO



CORRIENTE IUSFILOSÓFICA PREDOMINANTE EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, A PARTIR DE LA ACREDITACIÓN DEL SINAES
(2015) A LA ACTUALIDAD

Katherine Montenegro Cuadra,

B24287

Costa Rica, Montes de Oca

2021

30 junio 2021
FD-1153-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reclamatorios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Katherine Montenegro Cuadra, carné B24287 denominado: "Corriente iustilosophica predominante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a partir de la acreditación del SINAES en el año 2015 hasta el año actual 2019" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

<i>Informante</i>	Dr. Andrei Cambronero Torres
<i>Presidente</i>	MSc. Marcela Muñoz Muñoz
<i>Secretario</i>	Dr. Miguel Román Díaz
<i>Miembro</i>	Dr. Iván Villalobos Alpizar
<i>Miembro</i>	Dra. Karla Blanco Rojas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 13 de Julio 2021, a las 6:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,



Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación

LCV
Cc: arch.

Recepción

Tel.: 2511-4032

recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos

Tel.: 2511-1521

accionesocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia

Tel.: 2511-1558

administrativacajusticia.fd@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

10 de junio de 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor Salas:

Después de un cordial saludo, me sirvo indicar lo siguiente: como es de su conocimiento formo parte del Comité Asesor del trabajo final de graduación (modalidad tesis) titulado "Corriente iusfilosófica predominante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica a partir de la acreditación del SINAES (2015) a la actualidad", que sustenta la estudiante Katherine Montenegro Cuadra, carné B24287.

Por ello, en mi condición de Director de la investigación he revisado avances periódicos y dado una lectura integral final al documento aportado por la postulante; de esa suerte, según mi criterio, la tesis cumple a cabalidad con los requisitos de forma y fondo exigidos por la normativa universitaria.

De acuerdo con lo anterior, otorgo mi aprobación al trabajo académico anejo y, respetuosamente, solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Con mis muestras de consideración,

ANDREI
CAMBRONERO
TORRES (FIRMA)

Firmado digitalmente
por ANDREI
CAMBRONERO TORRES
(FIRMA)
Fecha: 2021.06.10
11:42:03 -06'00'

Prof. Dr. Andrei Cambronero Torres
Línea curricular de Teoría y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho

C/ Archivo

17 de junio de 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado profesor Salas:

En mi calidad de miembro del Comité Asesor del trabajo final de graduación dirigido por el Doctor Andrei Cambronero Torres, titulado *“Corriente iusfilosófica predominante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica a partir de la acreditación del SINAES (2015) a la actualidad”*, elaborada por la estudiante Katherine Montenegro Cuadra, carné B24287, le doy mi aprobación por cumplir con los requisitos de forma y fondo exigidos por la reglamentación universitaria.

Atentamente:

**MIGUEL
ROMAN
DIAZ
(FIRMA)**

Firmado
digitalmente por
MIGUEL ROMAN
DIAZ (FIRMA)
Fecha: 2021.06.17
09:03:50 -06'00'

Dr. Miguel Román Díaz

Miembro – Comité Asesor

Heredia, 20 de junio de 2021

Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por medio de la presente, deseo primero que todo saludarlo de manera cordial, deseándole el mejor de los éxitos en el desempeño de sus funciones.

El motivo principal de esta misiva es comunicarle, en mi calidad de lector de la tesis de la estudiante Katherine Montenegro Cuadra, carné B24287, titulada *Corriente iusfilosófica predominante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica a partir de la acreditación del SINAES (2015) a la actualidad*, mi aprobación de su trabajo.

Quedo atento a la fijación de fecha y hora de la respectiva defensa de tesis.

Sin más, se despide atentamente,



Dr. Iván Villalobos-Alpizar

Escuela de Filosofía – Universidad de Costa Rica

Céd. No. 2-498-388

San José, 21 de junio, 2021

Señores
Comisión de Trabajos Finales de Graduación
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Estimados señores:

Yo, Noel Molina Blanco, cédula ocho cero cero cuarenta y seis cero quinientos ochenta y siete, vecino de San Juan de Tibás, de profesión Licenciado en Filología clásica, y que cuento con conocimientos y experiencia en revisión filológica de textos, doy fe de haber revisado el trabajo final de graduación de la sustentante Katherine Montenegro Cuadra., titulado, "Corriente iusfilosófica predominante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a partir de la acreditación del SINAES (2015) a la actualidad", para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Después de la revisión y corrección de la estudiante, considero que el Informe del Trabajo Final de Graduación indicado anteriormente, cuenta con la revisión y corrección filológica en aspectos fundamentales que lo hacen apto para ser presentado al proceso de evaluación de los Trabajos Finales de Graduación en el nivel de Licenciatura.

Quedo a su disposición para cualquier consulta en:

Email: noelmolina16@hotmail.com

Teléfono celular: 84199224

Carné Colypro 57465

De ustedes muy atentamente,



Noel Molina Blanco
Carné Colypro 57465

DEDICATORIA

“... el problema del significado y la función del derecho en la sociedad sólo puede ser abordado por el jurista que salga de su caparazón (Bobbio), o que traspase el círculo encantado “de las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica” (Wiethölter).”

A mí misma, espero que algún día el mundo, el universo, y Dios en su gracia, te permitan llegar hasta donde tu mente ha soñado estar desde niña. Este trabajo es prueba de que la magia es real, que en medio del sin sentido de vivir, hay momentos de felicidad, y la conclusión de este trabajo es definitivamente uno de esos momentos.

Con amor, Katherine.

-PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE.
(2009). El debate sobre la imagen y la formación del jurista: las teorías críticas del Derecho. TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO (5ta ed.), Editorial Tébar Flores. P. 52.

AGRADECIMIENTOS

A la existencia por hacerme sufrir de esta manera y así llevarme a crear esta obra, a la que yo digo ser arte.

A Dios por apiadarse de mí y dejarme terminar.

A mi madre por haberme soportado sin represalias económicas, porque definitivamente qué mayor prueba de amor que esa.

A todas aquellas amigas y amigos que presenciaron o fueron testigos de esta etapa en mi vida, del largo proceso que viví, y que fueron de apoyo y motivación.

A Eminem, “the Slim Shady”, que tal vez nunca vaya a leer esto, pero con todo mi corazón le agradezco, porque por medio de sus letras obtuve fuerza de donde no había. Asimismo al grupo Linkin Park y a los difuntos Chester Bennington y Chris Cornell, quienes también escribieron poesía para un alma libre y frustrada entre la rutina de un mundo prisionero por unos cuantos.

A todos aquellos que en algún micro segundo, que tal vez para ellos no fue nada, no fue importante, incluso olvidaron; pero que en ese pequeño momento me hicieron saber que creían en mí, que había algo más, que tenía potencial, que creyeron en la elaboración de este trabajo. Que déjenme decirles, realmente fueron pocos, pero cada uno es un loco para el mundo, y al mismo tiempo con poder y prestigio en el mismo.

No olvido en esta sección a los que no creyeron en mí, gracias a todos estos, que sí fueron muchos, porque en medio de la soledad que dejaron, me encontré a mí misma, y el fuego que estaba dormido se elevó al cielo, y crecí. Mucho de esto es gracias a ustedes y

jamás podría dejarlos sin mención, porque así mismo crearon en mí más amor al todo y a la nada, resurgí llena de perdón, gracia y amor para todos y todo. Mi existencia se volvió como el viento, libre, apasionada, un alma que flota y danza en el espacio.

A mí misma, por la valentía y la fuerza que jamás pensé tener, por la magia que tenía escondida y solo surgía cuando creía que ya no podía más.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTOS.....	ii
ÍNDICE.....	iv
RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	viii
JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES	1
PROBLEMÁTICA	10
HIPÓTESIS	11
OBJETIVOS	12
MARCO TEORICO	12
ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	64
METODOLOGÍA.....	88
CAPÍTULO I. ESCUELAS FILOSÓFICAS DEL DERECHO, SUS MÉTODOS DE ENSEÑANZA Y EFECTOS SOCIALES EN LA FORMACIÓN DE JURISTAS.....	93
SECCIÓN I. METODOLOGÍAS DE ENSEÑANZA JURÍDICA DE ACUERDO A LA ESCUELA DEL DERECHO SEGUIDA.	111
A. POSITIVISMO JURÍDICO.....	111
B. REALISMO JURÍDICO	131
SECCIÓN II. EFECTOS SOCIALES HISTÓRICAMENTE REGISTRADOS DE ACUERDO A LA ESCUELA DEL DERECHO PREDOMINANTE.	144
A. POSITIVISMO JURÍDICO.....	144
B. REALISMO JURÍDICO.	149
CAPÍTULO II. MARCO FILOSÓFICO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA A PARTIR DE SU ACREDITACIÓN POR EL SINAES.....	153
SECCIÓN I. MARCO FILOSÓFICO DE ACUERDO AL SECTOR ADMINISTRACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERIDAD DE COSTA RICA.	155
A. FINES Y OBJETIVOS DE LA FACULTAD DE DERECHO COMO ESCUELA DE ENSEÑANZA, A PARTIR DE SU ACREDITACIÓN POR EL SINAES.....	155
B. METODOLOGÍA Y MÉTODOS DE ENSEÑANZA ELEGIDOS Y REFORMADOS A PARTIR DE LA ACREDITACIÓN POR EL SINAES.	169
SECCIÓN II. MARCO FILOSÓFICO DE ACUERDO AL SECTOR DOCENTE DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.	173

A. ANÁLISIS DE LA TENDENCIA FILOSÓFICA DOCENTE A PARTIR DEL RESULTADO DE LA ENCUESTA COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN	174
B. INCLINACIÓN FILOSÓFICA DOCENTE A PARTIR DEL ANÁLISIS DE DISCURSO DE SUS PUBLICACIONES ACADEMICAS.	184
CAPÍTULO III. MARCO FILOSÓFICO DEL ESTADO COSTARRICENSE DESDE EL ÁREA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y SU RELACION CON LA CORRIENTE IUSFILOSÓFICA QUE PREDOMINA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.....	192
SECCIÓN I. MARCO IUSFILOSÓFICO DEL ESTADO COSTARRICENSE A PARTIR DE LA NORMATIVA QUE RIGE A LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA Y SU JURISPRUDENCIA	196
A. NORMATIVA DELIMITANTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COSTA RICA.....	202
B. PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DETRÁS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	227
SECCIÓN II. REPRESENTACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA EN EL ÁREA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL ESTADO COSTARRICENSE.....	286
A. LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (FACULTAD DE DERECHO) EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	287
B. ESTADO ACTUAL DE PARTICIPACIÓN A LA JUDICATURA, DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (FACULTAD DE DERECHO), A PARTIR DE DATOS SOBRE APLICANTES A POSICIÓN DE JUEZ	301
CONCLUSIONES.....	331
BIBLIOGRAFÍA.....	341

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo general determinar el posicionamiento filosófico de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, frente a su objeto de estudio, el Derecho, y su efecto en el ejercicio de la profesión en Costa Rica. Esto por medio de un análisis integral del Derecho, yendo más allá de un análisis normativo, sino por medio de un método crítico del Derecho, analizando factores políticos y sociales que infieren en la concepción del Derecho de esta facultad.

La filosofía puede entenderse como el razonamiento primero, ejercido por el ser humano, necesario para el desarrollo o creación de un área del conocimiento a través del cuestionamiento constante. La aplicación del pensamiento filosófico en el Derecho, ha permitido responder a preguntas importantes del Derecho, mismas que continúan en discusión hoy en día. Las respuestas obtenidas han sido clasificadas, categorizadas, de acuerdo con sus similitudes, por la época histórica de su desarrollo, ejemplo de esto es la corriente filosófica *iuspositivista*, contemporánea al positivismo científico.

Históricamente, de acuerdo con la concepción del Derecho que se tenía, así se veía el ejercicio del Derecho o comportamiento de los aplicadores del Derecho, probando una directa afectación en la composición social. Razón por la cual es importante analizar dichas corrientes filosóficas del Derecho, así como la práctica de tal pensamiento en la sociedad y los juristas. Aprender de las ventajas y desventajas sociales, políticas y económicas que tiene adoptar cierta posición frente al Derecho.

Por otro lado, resulta importante para la academia seguir pensando y promover esto, respecto a las corrientes filosóficas del Derecho, para crear Derecho (pensamiento y conocimiento) y no solo mantener la repetición de ideas, sintiéndose orgullosos cuando se expanden y repiten ideas del exterior, que con la sociedad globalizada de hoy en día, termina siendo la misma repetición de ideas, no habiendo mucha diferencia entre la normativa interna y la externa.

Esta investigación parte de la hipótesis de que la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica tiende a un positivismo jurídico, inducción basada en la observación de una búsqueda constante de “calidad”, por parte de esta facultad, lo que está

probado por el número de colegiados, egresados de esta facultad. Objetivo que se busca alcanzar por medio de la enseñanza de la normativa y de consejos útiles obtenidos de la interpretación actual de los jueces.

La metodología comprende el uso del método histórico para revisar la evolución histórica de la enseñanza del Derecho y sus métodos, a partir de la revisión bibliográfica, el método sistemático para seleccionar y clasificar datos, de conformidad con corrientes filosóficas del Derecho. El método deductivo para inferir posibles consecuencias en Costa Rica por causa de la corriente filosófica adoptada en la enseñanza del Derecho, esto comparado con el análisis histórico bibliográfico de efectos sociales en épocas pasadas de la humanidad en la que se utilizó estas corrientes de pensamiento.

También se utilizó el método analítico aplicado a la revisión del plan de estudios de la facultad de Derecho, y con ayuda de la herramienta *atlas.ti* aplicado a encuestas y artículos de investigación del sector docente, para identificar la tendencia filosófica en la facultad de Derecho. Por otro lado, se aplicó el mismo método analítico para la revisión de sentencias, y la política interna del Poder Judicial, para determinar la tendencia filosófica de la administración de justicia en el Estado costarricense.

Entre las conclusiones y hallazgos más importantes en la presente investigación, se encuentran la demostración de la relación necesaria entre filosofía del Derecho y enseñanza del Derecho, la demostración de la relación entre corriente filosófica del Derecho y el ejercicio del Derecho por parte de los sujetos inmersos en las relaciones sociales estructurales. La identificación de la corriente filosófica predominante en la facultad de Derecho, es el positivismo jurídico, así como su legitimación por parte del sector docente de manera coherente y armoniosa.

Se identificó a su vez la corriente filosófica a la que se suscribe el país, que es también un positivismo jurídico o neo-constitucionalismo. Y se determinó que la influencia del pensamiento de la UCR en la administración de justicia es mínima, mas en sentido inverso es una influencia máxima, dejando al descubierto el programa bien consolidado de enseñanza del Derecho, por parte del Estado-Poder Judicial.

Ficha bibliográfica:

Montenegro Cuadra, Katherine Sulay. CORRIENTE FILOSÓFICA PREDOMINANTE EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, A PARTIR DE LA ACREDITACIÓN DEL SINAES (2015) A LA ACTUALIDAD. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2021. Pp. 358.

Director: Dr. Andrei Cambroner Torres.

Palabras Clave: corriente iusfilosófica, filosofía del Derecho, facultad de Derecho, positivismo jurídico, realismo jurídico, metodología del Derecho, administración de justicia.

INTRODUCCIÓN

JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES

Si bien la palabra filosofía puede resultar tediosa para algunos, la importancia en su estudio no es meramente histórica; la filosofía puede entenderse como el razonamiento primero, ejercido por el ser humano, necesario para el desarrollo o incluso la constitución de cualquier especialización de estudio o área del conocimiento, ya que es el análisis de lo primero, de aquello que llamaban *arché* los griegos¹. No es que haya una sola filosofía, pero fue gracias al razonamiento humano que la filosofía pudo ser desarrollada, y aunque presenta problemas de legitimación en la actualidad, no por ello desaparece. Siempre que haya alguien que desee hacerse preguntas fundamentales o primarias, estará acercándose al ejercicio de la filosofía.

El Derecho solo es un área más del conocimiento, en el que por medio de la filosofía se ha buscado explicar su existencia y su razón de ser; preguntas y cuestionamientos elementales para un jurista justificar su objeto de estudio y su importancia en la sociedad, es decir, la importancia en sus profesionales y en su enseñanza.

Las respuestas a estas preguntas primarias con respecto al Derecho han cambiado con el paso del tiempo, y para su estudio programático se han clasificado de según sus similitudes y perspectivas sobre el Derecho, adquiriendo ciertas denominaciones, muchas de estas coinciden con el momento histórico en el que fueron predominantes, puesto que en dichos momentos existió toda una corriente de pensamiento filosófico e ideológico; es así como se

¹ RECASÉNS-SICHES, Luis. (Febrero, 1936). *Los interrogantes filosóficos del Derecho. Misión de una auténtica filosofía del Derecho*. Archiv für Rechts-und sozialphilosophie. Vol.29, No. 2. España, Pp. 288-291.

le ha llamado corrientes filosóficas del Derecho, a las diferentes respuestas que se les ha dado a preguntas elementales de esta disciplina, justificando la composición y consolidación de un área del conocimiento en determinado momento de la historia de la humanidad y su desarrollo sociológico.

También pueden ser reconocidos como Escuelas o movimientos del Derecho; por su preocupación, y desarrollo intelectual y académico, en cuanto a temas fundamentales y originarios del Derecho, se dice que estos juristas no solo han ejercido el Derecho sino que han filosofado o ejercido un pensamiento filosófico para llegar a dichas respuestas.

Asimismo, en estas etapas históricas del Derecho, de acuerdo con la visión o concepción que se tenía de esta disciplina, así se veía reflejado en su ejercicio o en el comportamiento de los aplicadores del Derecho; por ende, había una directa afectación en la composición social; esto evidencia la importancia en la comprensión de cada escuela, movimiento o corriente del Derecho -como se le quiera llamar- a pesar del rechazo o subestimación de parte del gremio en la actualidad con respecto al tema.

Si bien se evade la mayor parte del tiempo hablar de filosofía del Derecho, es inevitable y esencial su discusión y análisis, puesto que es el resultado de razonamientos y estudios realizados por juristas sobre el Derecho a través de la historia. Aunque en la actualidad, por diferentes factores sociales, políticos y económicos, se haya disminuido el interés académico en dicha temática, sigue siendo relevante y actual su estudio y desarrollo intelectual, puesto que permite comprender el ejercicio del Derecho en cierta área geográfica, su composición sistemática, teórica y su parte práctica y social.

Esto es precisamente lo que se busca en esta investigación, averiguar cuál es el posicionamiento filosófico de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, frente

al Derecho, así como este posicionamiento filosófico tiene efecto en el ejercicio de la profesión del Derecho en Costa Rica.

Con el surgimiento de los juristas en la etapa de la República Romana² (tiempo en los que se especializaban en crear y guardar documentación importante para la República), surge la escritura y la argumentación, ya que se debía justificar lo que se quería ejecutar, en razón del escrito conservado, no solo le daban lectura, sino que defendían el porqué de esa lectura se esgrimía cierta conclusión o sentencia contra algún ciudadano procesado por violación a alguna norma. Muchos de los juristas trabajaban en puestos públicos, por lo que se les llamaba políticos, por su manera de hablar, de expresarse.³

Sin embargo, con el pasar de los años, el Derecho se especializó de tal forma que los juristas pretendieron separarlo absolutamente de las demás ramas de estudio, proclamando su oficio como una ciencia individual, entonces para argumentar el porqué es una ciencia aparte, debieron realizar lo que pudo ser su primer ejercicio filosófico, buscando cuál es el objeto de estudio del Derecho. Lo que los llevó a tener conflictos con la ciencia política y las ciencias duras, y a esta problemática se han desarrollado distintas respuestas a través del tiempo, creando así diferentes corrientes filosóficas del Derecho.⁴

El ser humano creó el derecho con un fin, algo que creyó importante y buscó como resguardarlo, por lo que es inevitable hablar de un aspecto subjetivo o axiológico cuando se habla de Derecho; las acciones jurídicas reflejan este esquema de valores, generando

² CARBONELL SAENZ, Jorge Francisco. (2012). Elementos de historia del derecho. Pag. 18

³ *Ibidem*.

⁴ MEJÍA QUINTENA, Oscar. (2016). *La tensión epistemológica entre la Filosofía del Derecho y la teoría jurídica. Hacia una teoría crítica del Derecho*. Revista Filosofía UIS, 15(1), Pag.107-136.

consecuencias sociales reales.⁵ Entonces el estudio del Derecho, su teoría y elementos formarán una perspectiva en el jurista, una forma de actuar, que se podrá identificar de manera filosófica y será importante puesto que permitirá dilucidar un marco ideológico que se refleja en la vida en sociedad.

En otras palabras, la concepción del Derecho del jurista, que tenga a partir de una base filosófica, se verá reflejada en su práctica y aplicación del Derecho; el litigante en sus escritos, el juez al emitir una sentencia, al interpretar una norma, entre otros ámbitos en los que el Derecho tiene un papel fundamental en la sociedad. Aunque excede los límites de este trabajo un estudio empírico, se parte de que es evidente que la práctica del Derecho es influida o afectada por la concepción del Derecho que se tenga, que a grandes rasgos se puede llamar filosofía del Derecho, puesto que detrás de toda práctica humana hay un sistema valorativo que influye en su actuar. Es decir, el propósito de esta investigación no sería probar que los valores influyen en el actuar humano puesto que se parte de que la moral funda el comportamiento humano.

El Derecho se desenvuelve y se desarrolla en diferentes áreas de la vida humana en sociedad, primero de manera política, al ser discutido, luego en el área normativa, al ser plasmado en una norma, en una ley (en sentido amplio) es positivizado, y luego en su eficacia, el área social, cómo es tratada la norma en la vida real, en la práctica.⁶ De acuerdo con el enfoque que tenga el abogado o la conciencia que tenga de la interacción de todas

⁵ HABA MÜLLER, Enrique Pedro. (1934). Axiología Jurídica Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico. 3° ed. San José, Costa Rica. Editorial UCR, 2016. Pp.: 18-19.

⁶ MEJÍA QUINTENA, Oscar. *ibid*

estas áreas en el Derecho, así se verá reflejado en su actuar jurídico, al crear la norma como legislador o al interpretarla y al aplicarla como abogado privado.

Esta manifestación en la realidad social de la concepción del Derecho en el abogado, se puede ver en la argumentación utilizada en alegatos conclusivos, en argumentos escritos como fundamento jurídico o en la argumentación como resolución de un proceso judicial, por parte de un juez. El jurista realiza sus actos conforme con lo que considera es Derecho, así interpreta normas y procede a actuar frente a autoridades del Estado, es la parte administrativa, entonces sus actos forman el camino o dirección que toma el Estado, en cuanto al Derecho. Lo anterior se puede llamar el posicionamiento filosófico de una persona frente a un objeto de estudio; cómo decida verse a sí mismo frente a una cosa, qué función tomará, cómo se describe a sí mismo frente al objeto estudiado.

De acuerdo con su posición filosófica frente al “Derecho” como área de conocimiento, el abogado y profesor podría orientar su clase al aprendizaje de normas, ya que para esta persona ese es el meollo del Derecho, o podría enfocar su clase en el estudio de la interpretación judicial sobre las normas, considerando que el mismo vea la real validez del Derecho en la aplicación de los jueces de las normas, siendo esta la real creación del Derecho, por medio de resoluciones jurídicas que dictaminan el significado y la aplicación de la norma.

Cuando hace referencia a una filosofía del Derecho, se habla del uso de un método filosófico, o lo que se llama filosofía práctica, a un objeto de estudio, que en este caso sería el Derecho; es decir, se utilizan herramientas y formas de investigación utilizadas en la filosofía, aplicadas al Derecho como método de estudio y análisis para explicar el Derecho,

buscando resolver la pregunta del para qué del Derecho, aunque no se pueda llegar a profundizar sobre el *arché* del Derecho.⁷

Ahora, si bien es cierto no todos los abogados egresados de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Costa Rica, conocen exactamente qué es la filosofía del Derecho, cuáles son las corrientes en las que se ha clasificado históricamente, y para qué sirve la filosofía del Derecho; aun así el posicionamiento que toman sobre el Derecho se logra determinar por medio de sus acciones legales, argumentos verbales en juicio o escritos, en su forma de escribir artículos, etc.

Entonces, es correcto admitir que la filosofía del Derecho que siga un abogado, tiene reales repercusiones sociales, en la composición social y del Estado en la que se desenvuelven. Un perfecto ejemplo de esto sería el método de analizar casos de jueces, y analizar si prefieren ser la voz de la norma y así hacer permanecer la voluntad del legislador, o si creen que es importante el componente social y su contexto actual para hacer aplicar una norma, de acuerdo con el caso específico.

La pertinencia social del estudio de la filosofía del Derecho que predomina en las facultades y en la enseñanza del Derecho, se encuentra en el Estado de Derecho que se está formando, si se está aprendiendo de las desventajas y ventajas que tuvo determinada concepción del Derecho en épocas anteriores, o si solo se olvidó y se está dando vueltas en círculos en la historia.

En la actualidad la enseñanza del Derecho ha sido altamente comercializada, cualquier persona interesada en ganar dinero e insertarse en el sistema mercantil puede

⁷ MEJÍA QUINTENA, Oscar. *ibid*, p. 121.

acceder a una determinada institución, pagando cierta cantidad de dinero por ciertas materias “elementales” para el ejercicio del Derecho en “la calle”, pero todo esto sin considerar la necesidad de ciertas características en una persona para poder aprender y ejercer el Derecho, como el aspecto vocacional o incluso la responsabilidad social con la que cargará al egresarse de “x” o “y” institución y aplicar el Derecho.

Además, el hecho que esta selección minuciosa de “herramientas” o materias elementales del Derecho para poder licenciarse en Derecho, no contempla todo el conocimiento que debería tener un jurista, un ejemplo se encuentra en muchas de las materias que suelen eliminarse de un plan de estudios de la carrera, iniciando por filosofía del Derecho, por considerarse no elemental o importante para comprender el funcionamiento del Derecho fuera de los códigos, en el razonamiento humano, en el hábitat social, en el momento de su elaboración, en el momento de su aplicación.

Es de real importancia social que un abogado entienda su función social, que no se vea enajenado de su entorno, como si fuera de un gremio de dioses, que conoce un tema especializado que lo diferencia, que trabaje por su propio interés económico y por cuestiones de prestigio, sino que entienda que su actuar tiene repercusiones sociales importantes, en los aspectos político, económico y social, por lo que es necesario desarrollar una capacidad de análisis filosófico del área del conocimiento en la que se desenvuelve, porque el Derecho y su amplitud no viene desarrollándose ahora, como lo puede ser el internet, sino que es parte de la historia de la humanidad, por lo que no puede dejarse a un lado su comprensión en su totalidad y complejidad.

Ahora, en esta investigación no se busca hacer apología de una determinada corriente filosófica del Derecho, sino mostrar las existentes y determinar cuál es la seguida por la facultad de Derecho en Costa Rica, y finalizar comparando, con respecto a los resultados que ha dado en otras sociedades antiguas, qué se podría esperar de los abogados en Costa Rica, al menos de los egresados de la Universidad de Costa Rica.

Lo que busca la filosofía del Derecho es argumentar cuál es la justificación moral de la legitimación política que se le dio a la norma, por la cual es válida y eficaz, ya que se conoce por medio de la teoría de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho que entre los momentos de la creación de la norma, hay una discusión o debate de los principios de justicia para la aprobación de la norma, pero estos se deben a un marco moral que los justifican.⁸ Ejemplo: la justicia como principio del Derecho y máxima cuasi positiva de la estructura del Derecho, pero qué hay más allá de eso, es decir, qué es la justicia; dependiendo de su concepción se tendrá una corriente filosófica del Derecho, y se podrá apreciar cuál es la posición o perspectiva del abogado que se encuentra en medio de la discusión y elaboración jurídica.

Asimismo, resulta de real importancia académica conocer cuáles han sido las corrientes filosóficas del Derecho que han surgido a través del desarrollo de la historia y del Derecho, sus aportes y propuestas al desarrollo temático del Derecho, en el plano teórico y práctico; para comprender las posiciones y actuaciones de los abogados y juristas actuales en Costa Rica; desde su argumentación en un juicio, hasta la elaboración de una sentencia por parte de un juez. En algún momento se dijo que "el conocimiento es poder", pero hay que

⁸ MEJÍA QUINTENA, Oscar. *ibid.*

saber usarlo, porque al final, para llegar a conocer, será necesario desarrollar un pensamiento filosófico, mismo que puede estar quedando pendiente en la enseñanza del Derecho en las facultades respectivas.

Conviene resaltar la posición de Francisco Tomás y Valiente, sobre la importancia del estudio de la Historia del Derecho, otra de esas materias que puede ser menospreciada por los estudiantes de Derecho e incluso por algunos abogados, y es que el estudio de la historia puede ayudar a aquel profesional en Derecho a entender el Derecho de hoy, es decir, por qué se aplican o no diferentes leyes, en qué momento de la historia se aplicaron, se crearon y con qué motivos, cuáles fueron las consecuencias de ello, entre otras respuestas que se pueden encontrar a través del estudio de la historia del Derecho.⁹

Igualmente, con el estudio de la filosofía del Derecho, se puede llegar a entender cuáles eran las perspectivas del Derecho en diferentes momentos de la historia, y los resultados que les generaba esa visión del Derecho; además de percibir por medio del análisis de ciertos elementos, cuál es el posicionamiento filosófico a nivel país, en su mayoría, o en determinados momentos y contextos de ejercicio del Derecho, por ende, prever o anticipar los resultados de tales comportamientos.

Tomás y Valiente expresa que la historia del Derecho no puede quedarse únicamente en el texto de las normas a través del tiempo y los distintos tipos de sociedades existentes, lo cual sería un ejercicio meramente académico, sino que es necesario que lleve a un análisis del jurista, lo que le ayudará a disminuir las posibilidades de adoptar una posición dogmática, sino que será capaz de hacer y buscar otras interpretaciones, adaptándose al cambio del

⁹ CARBONELL SAENZ, Jorge Francisco. Ibid. Pag.3

Derecho.¹⁰ Y si la historia del Derecho ayuda a un ejercicio razonado del mismo, solo aportando un método de interpretación y análisis, cuánto más podría ayudar al profesional en Derecho llegar a aprender diferentes técnicas lógicas y de razonamiento para la creación, interpretación y argumentación del Derecho, un conocimiento de la filosofía del Derecho.

PROBLEMÁTICA

La enseñanza costarricense ha sido considerada históricamente como uno de los elementos fundamentales para el desarrollo social, económico y político del país, razón por la cual se ha garantizado en un mínimo, creando centros de educación superior accesibles para todos, al menos en aspectos administrativos, lo que no implica que todos ingresen, pero tienen la igualdad inicial para obtener acceso al sistema educativo público. Es así como en las carreras impartidas por la Universidad de Costa Rica, una de las universidades estatales, deben tener por fin el desarrollo político, económico y social del país, así como ver cierto rango de resultados positivos en la sociedad, con el egreso de sus estudiantes o profesionales, buscando el respaldo de la estabilidad y crecimiento económico, social y político del país.

Como Derecho es una de las carreras impartidas en la Universidad de Costa Rica, además de ser una de las más antiguas, es importante analizar el cumplimiento de los fines educativos establecidos internamente en la institución, con respecto a la realidad social del país actualmente. Pero para reconocer la influencia de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en el desarrollo jurídico de un país, es necesario identificar qué es y cómo es percibido el Derecho por esta academia, esto para enseñar Derecho y formar

¹⁰ CARBONELL SAENZ, Jorge Francisco. Ibid. P ag 6.

juristas, profesionales activos. Es decir, es importante reconocer cuál es el posicionamiento del cuerpo docente frente al Derecho y sus consideraciones filosóficas.

HIPÓTESIS

Tomando en consideración el momento político y social en el que se encuentra Costa Rica, en medio de un dilema fiscal y social, en el que se puede llegar a pensar como menos importante o no prioritario el pensamiento y desarrollo académico, además del acelerado crecimiento privado de escuelas de Derecho, que año tras año egresan importantes cantidades de abogados; es cada vez más evidente que entre los fines de la facultad de Derecho no es prioritario el desarrollo teórico del Derecho, su análisis, más allá de la enseñanza de los elementos básicos para el ejercicio de la abogacía y la obtención de un título, que permita subir el nivel de egresados y la competencia con respecto a otros recintos de enseñanza privada.

Tener como fin la profesionalización e instrumentalización del Derecho en la facultad, lleva al cuerpo docente a cambiar sus métodos de enseñanza y reducir su contenido temático, en el que haya menos análisis y más memorización de los detalles útiles para el ejercicio comercial del Derecho, con lo que se evidencia su posicionamiento frente al Derecho, la filosofía escondida entre tales acciones, lo que están considerando que es el Derecho y para lo que sirve; no más que un conjunto de normas redactadas por el legislador, que enseñó y explicó cómo usar, además de brindar consejos útiles acerca de la interpretación actual de los jueces sobre estas normas, básicamente cómo ganar un juicio si se va a ser litigante o cómo ganar el examen del poder judicial si se quiere ser juez. Esta investigación parte de la hipótesis de que esta facultad de Derecho, en la Universidad de Costa Rica, tiende

a un positivismo *iusfilosófico*, en el que se aprende la norma como una de las premisas de un razonamiento lógico, un silogismo perfecto, en razón de que el ordenamiento jurídico es lógico y coherente, entonces el jurista es solo un técnico que aprende cómo usar su machete, es decir, los códigos, para aplicar y “trabajar” el Derecho.

OBJETIVOS

- **GENERAL:**

Determinar si la enseñanza del Derecho en la Universidad de Costa Rica parte de una concepción filosófica positivista del Derecho.

ESPECÍFICOS:

- a) Definir la relación entre la enseñanza del Derecho y el posicionamiento filosófico que tome el jurista/docente frente al Derecho.
- b) Identificar el marco *iusfilosófico* que fundamenta la enseñanza del Derecho en la Universidad de Costa Rica.
 - c) Contrastar el posicionamiento filosófico de la Administración de Justicia en Costa Rica con respecto a la corriente *iusfilosófica* predominante en la enseñanza del Derecho en el centro de educación superior de la Universidad de Costa Rica.

MARCO TEÓRICO

La filosofía del Derecho surge posteriormente a la ciencia del Derecho, a pesar de que la filosofía, como práctica humana, fue desarrollada primeramente con respecto a la ciencia misma y al Derecho. Y es que, en la historia del Derecho, si bien la concepción

iusnaturalista fue primero que la teoría de la ciencia jurídica, no se hablaba ni se pensaba en el Derecho en términos de filosofía, o, por ser analizado por filósofos, es decir, no se pensó que juristas llegasen a incursionar en la filosofía para explicar el Derecho.

Pero qué es la filosofía del Derecho; expresar esto en términos conceptuales genera en sí mismo una problemática, ya que ni en el área de la filosofía, los que podrían denominarse filósofos, han “encuadrado” la filosofía en un concepto. Se ha explicado que la filosofía es una práctica y no una profesión, no es algo que se aprende en una institución, es un ejercicio mental que se aprende y se enseña de manera total y a través del tiempo. Algunos, como Enrique P. Haba, consideran que para ejercer la filosofía o cualquier ejercicio académico es necesaria una “chispa”, no es solo ser un humano con capacidad de razonar, sino tener la habilidad y facilidad de desarrollar esta capacidad hasta las últimas consecuencias.¹¹

Es así como los primeros filósofos hicieron sus estudios en lo que hoy en día ha sido desarrollado por la ciencia pura, pero que a pesar de ello, no deja de tener relevancia en la ciencia, ya que el fin de la ciencia termina acercándose al mismo fin de la filosofía, lo que los hace tener que estudiar los postulados filosóficos hoy en día. Con respecto a esto, explica RECASÉNS-SICHES;

Así pues, puede, en igual sentido, definirse la filosofía como conocimiento del Universo, de todo cuanto hay; no entendiendo esto como suma o compendio de todos los conocimientos sobre todas las cosas que en el Universo haya, sino como apetito de integridad que no separa en trozos secundarios, ni en acumulación de visiones parciales—cuales son las

¹¹ HABA MÜLLER, E.P. (2007). Métodos para la Investigación jurídica: ¡un cuentito más! ESTUDIOS DE DERECHO, Vol. LXV, N°145. Universidad de Antioquía, Colombia, pp.:134.

de la ciencia—y va en pos de la razón primera, que se basta a sí misma y que explica todas las demás razones fragmentarias y limitadas y les distribuye sus respectivas competencias. Es pues la filosofía "el problema de lo absoluto y el absoluto problema" (Ortega y Gasset)¹²

Sin afán de poner a RECASÉNS-SICHES como una autoridad en el tema, pero en búsqueda de facilitar la comprensión de la temática, a continuación se cita su concepción de la filosofía del Derecho, mismo que plantea la crítica y diferenciación con respecto a la ciencia jurídica, que tiene el Derecho por dato, sin un análisis más profundo;

... tanto la forma como el contenido del Derecho son puestos como problemas en un plano más radicalmente fundamental del conocimiento. Y surgen inevitablemente entonces los interrogantes: ¿por qué este dato que recoge el jurista dogmático es algo jurídico? ¿Qué es lo que me autoriza a incluirlo en la provincia jurídica del ser? Prescindiendo de este o aquel contenido concreto, ¿qué es lo que hay que entender por norma jurídica en general? ¿Qué puede decirse con carácter universal y necesario de las normas jurídicas, pura y simplemente?¹³

Al analizar estas preguntas, pareciera que se está devolviendo el Derecho a “lo primero”, en vez de crear y progresar, sin embargo, como se verá más adelante, el progreso también puede ser cuestionado en la actualidad. Entonces, la filosofía del Derecho viene a desarrollar, sin tabúes, qué es el Derecho, ya que si bien se ha avanzado en él desde la época romana, dando por supuesto que se sabe lo que es, por lo que es posible enseñarlo sin siquiera hacer mención de ello, porque es tan obvio, que si nos se hace la pregunta ahora, se podría definirlo inmediatamente; la pregunta es, ¿se tendría asimismo la confianza para

¹² RECASÉNS-SICHES, Luis. (Febrero, 1936). Ibid. P. 291.

¹³ Ibidem. P. 288.

defender tal definición ante un foro lleno de juristas?, ¿será que todos apoyarían tal definición de manera unánime?

... Filosofar—como ha puesto de nuevo en claro Jose Ortega y Gasset— es buscar una verdad primaria, esto es, que no derive de otra, con certidumbre radical, es decir, firme, segura, y que contenga en sí el fundamento de todas las demás verdades. O dicho con otras palabras: una verdad autónoma y pantónoma. Autónoma quiere decir que no se funde en otra previa, sino que ella sea auténticamente primaria, que se baste a sí misma en plenitud, que se funde sobre sí misma con seguridad y certeza plenas. Pantónoma significa que a su vez sirva para apoyar, asegurar y explicar todas las demás verdades.¹⁴

Por lo que, al remontarse a las primeras explicaciones de lo que es el Derecho, por parte de los iusnaturalistas, si bien muchos de estos eran sacerdotes o religiosos, también eran filósofos, y lo que hicieron en aquel momento fue ejercer la filosofía para explicar el Derecho, de lo que surgió la corriente o teoría del Derecho Natural, que si bien hoy en día ha sido superada por los juristas, el meollo de sus cuestiones sigue discutiéndose.

Es así como hoy en día se puede hablar de corrientes filosóficas del Derecho, ya no encuadradas dentro de una teoría del Derecho o dentro de una teoría científica del Derecho, lo que excluiría uno o varios aspectos que son parte del Derecho, sino el estudio filosófico del Derecho, análisis que ha creado diferentes corrientes o concepciones del Derecho en diferentes momentos de la historia. Esta discusión histórica, algunos académicos y filósofos, como Santiago Nino, lo han visto como una problemática en sí misma, abordando el Derecho desde otras y nuevas perspectivas filosóficas:

¹⁴ *Ibidem.* P. 290.

... La cuestión es si, en estos y otros contextos en los que se alude al derecho para describir procesos y regularidades sociales, justificar decisiones o calcular acciones (*ejercicio del abogado*), se están solamente adoptando diferentes puntos de vista frente a un mismo fenómeno o si se están enfocando fenómenos diferentes y solo parcialmente relacionados entre sí, si puede reconstruirse el significado usual de "derecho" en todos estos contextos mediante un concepto único o si sólo puede reflejarse adecuadamente el sentido de los enunciados que se formulan desde cada uno de estos puntos de vista a través de conceptos alternativos.¹⁵

CORRIENTE FILOSÓFICA: NATURALISMO JURÍDICO

A partir de estos cuestionamientos, se han brindado diferentes respuestas y de acuerdo con su similitud, se han clasificado en diferentes posiciones filosóficas, la primera es la corriente filosófica del Derecho natural, misma que se ha desarrollado desde la Edad Media, también llamada *ius naturale*, aunque en las sociedades antiguas se tenía una noción de bienes y principios fundamentales que regían al "hombre" *per se*.

De acuerdo con Kilcullen en su artículo *Natural Law*, publicado en 2011, el termino *ius naturale* podía ser utilizado refiriéndose a derechos individuales de los seres humanos, o al conjunto Derecho natural, el último se refirió a la ley universal e inmutable a la que las leyes humanas, o emitidas por algún tipo de legislador, debían moldearse o acomodarse. También hacían uso de Derecho natural refiriéndose a un pensamiento moral, que podía ser adquirido por instinto natural del ser humano, es decir, siendo una capacidad innata, o razonamiento natural que posee el ser humano, en el caso del cristianismo, quienes fueron el

¹⁵ SANTIAGO NINO, Carlos. (1981). *Los conceptos de derecho*. Revista hispanoamericana de filosofía. México, p. 31.

gremio con mayor desarrollo y exponentes del Derecho natural, esta razón fue otorgada por Dios.¹⁶

En la época medieval existió una gran cantidad de normas, entre ellas el *ius Gentium*, este en algunos momentos se equiparaba al Derecho natural, pero con su desarrollo se pasó a ver como una parte del Derecho natural; la primera consistía en el Derecho común que regía a la mayor parte de las comunidades en el mundo. También existió el “Derecho divino”, que no era conocido por razón natural humana, sino que fue revelado a algunos seres humanos por medio de mensajeros especiales, este es el caso de los libros escritos por Moisés, profetas y apóstoles.¹⁷

En aquel tiempo, el uso de Derecho natural, Derecho de gentes o de las naciones, usos y costumbres, tuvo gran conflicto en cuanto a definición, pero se puede ver la concepción de algunos famosos en su tiempo, de lo que era el Derecho natural, iniciando por Graciano:

“...natural law is supreme: “In dignity the natural law prevails absolutely over custom and statute. For anything accepted by custom or contained in writing should be held null and void if it is opposed to natural law” (dist.8, d.a.c.2, col. 13). Custom must give way to truth and reason (c.4 and 5, col. 14). [...*el derecho natural es supremo: “En dignidad el derecho natural prevalece absolutamente sobre la costumbre y el estatuto. Cualquier cosa aceptada por costumbre o contenida en escrito debe ser tomada por nula o vacía si se opone al derecho natural”*. *La costumbre debe dar paso a la verdad y la razón.*].”¹⁸

¹⁶ KILCULLEN, R.J. (2011). *Natural Law*. Encyclopedia of Medieval Philosophy. Springer, Dordrecht. Canada, p. 831.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 832.

Asimismo, Tomás de Aquino mencionaba que la razón dirigía los actos del ser humano con vista a un fin, la acción es dirigida por mandato de la voluntad, voluntad que busca el fin último que es el bien común, todo esto siendo dádiva de Dios, la capacidad natural de conocer el fin último racional y la razón. Según Aquino, la razón dirigía el mandato, y en cuanto al Derecho natural, la voluntad racional de Dios forma este, que fomenta una amistad entre el ser humano y Dios.¹⁹

Posteriormente, otro miembro de la Iglesia Católica, teólogo y filósofo, Guillermo de Ockham, explicó el Derecho natural como normas morales no positivas que dirigen el actuar del ser humano sin ser un mandato de un superior. Estas normas son principios fundamentales o normas deducidas de estos principios, a partir de la experiencia humana. Tomando como base esta concepción, momento en el que el Derecho natural se empieza a desligar del Derecho divino, Gregorio de Rimini expuso que las verdades morales, que comprenden el Derecho natural, son independientes incluso de la voluntad de Dios, no son creadas por este, y en caso de no existir Dios, igual lo bueno y lo malo por naturaleza seguiría siendo bueno y malo, y se llegaría a conocer mediante la razón.²⁰

Según Rimini *“If anyone acts solely against the natural law or against the right judgment of reason, certainly he would sin, though, if he were to have with this a superadded precept, he would sin further”*[si alguien actúa solamente contra el Derecho natural o contra el juicio justo de la razón, ciertamente él pecará, pero si él tuviera con esto un precepto sobreañadido, él pecaría aún más.]²¹ Posteriormente, en el siglo XVII se mantuvo la posición

¹⁹ *Ibidem*, p. 833.

²⁰ *Ibidem*, pp.: 836-837.

²¹ *Ibidem*, p. 838.

de lo moralmente bueno y malo por naturaleza, de manera intrínseca, por lo que Kilcullen concluye en su revisión del Derecho Natural, que esta corriente filosófica del Derecho parte de una teoría moral objetiva, valores morales que no dependen de los sujetos, sino que se llegan a conocer por medio de la razón.²²

Por otro lado, Ferreira Da Cunha indica que entre las características más relevantes del Derecho natural se debe mencionar el que no es un código de normas, por ende su solución de problemáticas no se limita, como lo hacen las normas escritas. El Derecho positivo es un criterio que se debe tener para entender el derecho positivo. Por último, Ferreira Da Cunha opta por elegir un razonamiento último y de cierta manera simplista, indica que para no discutir temas estériles, que no valen la pena discutir eternamente, así como las reglas de la física deben ser comunes, debe haber un consenso en cuanto al orden moral y social, como ejemplo la obediencia y honra a los padres, es bueno y permite un acuerdo en la humanidad, o el consenso de que la nieve sea blanca.²³

En el 2018 el profesor y jurista Nigel Simmonds de la Universidad de Cambridge, expuso un recuento de algunas posiciones que ha habido sobre el Derecho natural. En el que indica que las teorías del Derecho natural primero refieren la moral como en cierto sentido un cuerpo de preceptos, a los que la teleología sirve para justificar dichos estándares. Segundo, las teorías de Derecho natural asumen la igualdad jurídica como fundamento, los seres humanos son iguales frente a la ley natural. Y tercero, el Derecho natural es el fundamento por el cual la ley positiva debe ser evaluada, misma que sirve para aquellos

²² *Ibidem.*

²³ FERREIRA DA CUNHA, P. (2013). *Rethinking Natural Law. What natural law is, and what is not.* SpringerBriefs in Law.

humanos o personas que son “débiles” o “malos”, por lo que obligan a su obediencia y detallan los requerimientos generales del Derecho natural.²⁴

Según Simmons, el Derecho natural requiere del Derecho positivo para su especificidad, ejemplo el Derecho natural exige que la sociedad sea coordinada, pero no indica en qué manera debe ser coordinada. Esta corriente filosófica sufrió cambios con el tiempo, uno de sus mayores cambios fue la aceptación de la posición de Tomás de Aquino hacia la de Grocio y Pufendorf. El primero hablaba del Derecho natural como un todo y los siguientes sobre derechos y deberes naturales, que no necesariamente tenían un fundamento teocéntrico como Aquino suponía.²⁵

Otro cambio percibido fue la respuesta a la recurrente queja sobre el Derecho natural y la igualdad, ya que si bien consideraban la igualdad como fundamento del Derecho natural, decidían no resolver el problema con respecto a la inequidad real social existente. De acuerdo con Aquino, este bien humano, la igualdad, se llegaba a consolidar después de la muerte, gracias a Dios. Pensamiento que llevó a múltiples críticas, entre estas las planteadas por el Marxismo.²⁶

Según Grocio y Pufendorf, el contenido del Derecho natural se determinaba por la razón que el ser humano goza por voluntad divina. La razón muestra que el ser humano puede vivir en sociedad solo bajo ciertas reglas básicas, el Derecho natural. Aunque según Grocio

²⁴ SIMMONDS, N.E. (2018). *Natural law*.--

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

este existe incluso si Dios no existe, lo que significa que las reglas del Derecho natural no son arbitrarias sino que se fundamentan en la naturaleza humana.²⁷

Ferreira Da Cunha en el libro *Rethinking Natural Law*, menciona que se pueden rescatar varias contribuciones por parte de esta corriente filosófica al Derecho actual, entre ellas la concepción plural del Derecho, en cuanto a su contenido, ya que se consideró la moral como uno de los ejes y parte fundamental del Derecho.²⁸

El establecimiento de principios más valiosos que la ley o el Derecho positivo, que ahora pueden considerarse principios constitucionales, y con esto la primera jerarquización del Derecho, incluso antes que la famosa jerarquía de las normas de Hans Kelsen, siendo esta expuesta por Tomás de Aquino. Y también la búsqueda de que el Derecho sirviera de vigilante del poder, es decir, que prevaleciera sobre el poder y la política, porque si se piensa el Derecho como un sistema judicial esclavo de la fuerza, entonces se vacía de sentido el concepto de justicia.²⁹

Spiegelberg explica un poco más la relación necesaria entre justicia y Derecho natural, remontándose a Aristóteles, quien consideraba la justicia como resultado del cumplimiento de ciertos deberes independientes a la regulación del hombre, preceptos prelegales y naturales. Por lo que al hablar de justicia es indispensable pensar en Derecho natural, y según Spiegelberg aun los más grandes opositores del Derecho natural no pueden

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ FERREIRA DA CUNHA, P. (2013). *Rethinking Natural Law. The contributions of the paradigm "natural law"*. SpringerBriefs in Law.

²⁹ *Ibidem*.

explicarse sin referirse a lo justo e injusto. Pero cuando se busca qué es lo justo o injusto, no hay más que pensar que en una cualidad inexplicable, como la bondad o la belleza.³⁰

Así como para concebir la justicia se presupone preceptos sociales previos a una ley escrita por el ser humano, Spiegelberg explica el Derecho natural como un sistema de preceptos sociales, deberes y derechos existentes por sí mismos, que no derivan de la arbitrariedad humana, por lo que el significado de lo justo conlleva la existencia de un Derecho natural.³¹

Ahora, este autor explica que aunque se quiera ignorar la justicia, esta se puede observar en acciones, un ejemplo está en si un acto administrativo o judicial se regula de acuerdo con factores discriminatorios, como el color del cabello o la inicial del nombre, será injusto aunque haya sido realizado por medios legales, por lo que los actos previos para asignar lo que es deber o derecho, igualmente están sujetos a estándares prelegales, que los hace justos o injustos. Esto según Spiegelberg es ganancia, pensar que las personas en algún sentido cuentan con derechos y preceptos, que les garantiza el “ser” y el “existir”.³²

Si bien con los siglos se desarrollaron otras corrientes filosóficas del Derecho que criticaron la moral objetiva del Derecho natural, a partir del siglo XX y la actualidad, se habla de un Derecho natural moderno o implícito con los llamados derechos humanos, por lo que es pertinente ver la explicación de Javier Hervada en 1989 sobre lo que se considera en tal momento el Derecho natural:

³⁰ SPIEGELBERG H. (s.f.). *Ethics. Justice presupposes natural law*. Editorial: Swarthmore College.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

La existencia de la ley natural y del derecho natural es un descubrimiento de la razón humana, no originariamente una proposición de fe cristiana: originariamente es una verdad natural, no una verdad revelada. Es una proposición racional científica. No es menos cierto, sin embargo, que el conocimiento de la ley y del derecho natural ha recibido del cristianismo importantes aportaciones, hasta el punto de que el sistema iusnaturalista más acabado y perfecto es el construido por el pensamiento católico. El concepto de persona, la bondad de la naturaleza humana, la dignidad del hombre, la igualdad fundamental de todos los seres humanos, son aportaciones típicamente cristianas, pese a la falta de memoria que al respecto dan la impresión de padecer algunos de nuestros contemporáneos.³³

El iusnaturalismo moderno ha sido desarrollado hasta la actualidad, uno de sus exponentes se encuentra en Alemania, Ernst-Wolfgang Böckenförde, juez y académico que se refiere al Derecho natural como ética jurídico normativa. Según Böckenförde el Derecho natural describe el impacto de normas éticas en normas legales, legitimándolas, dirigiéndolas y corrigiendo su desarrollo.³⁴

Las ideas relacionadas con el Derecho natural siguen presentes en los debates de lo que es el Derecho, su fundamento y razón. Para Böckenförde, quien murió el 24 de febrero de 2019 a sus 88 años de edad, el Derecho natural se convirtió en Derecho cultural, enfatizando así sus características de historicidad y culturalidad, de manera que las normas pre positivas están intrínsecas en el ordenamiento jurídico positivo. Sin embargo, es necesario eliminar la concepción de un cuerpo estático de normas pre positivas que actúan

³³ HERVADA, Javier. (setiembre-diciembre, 1989). *La enseñanza del Derecho Natural y del Derecho canónico en las facultades de Derecho*. Revista Chilena de Derecho, vol.16, no. 3. P. 570.

³⁴ HAHN, J. (2018). Ernst-Wolfgang Böckenförde's approach to natural law as normative legal ethics. Oxford Journal of Law and Religion. –

en concurrencia al Derecho positivo de un Estado, el Derecho natural es flexible y dinámico.³⁵

Para este jurista, el Derecho natural solo puede concebirse como una ética jurídica, que media entre la política y la ética normativa. Para que la norma sea efectiva y aceptada es necesario que refleje creencias éticas. *“Those conditions of efficacy include, among other things, that the demands and commandments of the law must find support within the actually existing ethical-moral consciousness of humans which helps to sustain them.”*³⁶[Esas condiciones de eficacia incluyen, entre otras cosas, que los preceptos y mandamientos del Derecho deben encontrar apoyo en la conciencia ético moral existente del ser humano, que ayude a sustentarlos].

El Derecho natural tiene una función y se pierde si se considera como un listado de normas pre positivas, su función es servir como enlace entre el orden moral y el derecho positivo, esto apoyando la aceptación y legitimación del ordenamiento jurídico, sirviendo como brújula para reformar y mejorar el Derecho positivo, guiando a los legisladores en el proceso de creación del Derecho positivo, y por último, sirviendo como correctivo ético en caso de conflicto normativo con la justicia.³⁷

Sin embargo, la ética normativo-jurídica, en la perspectiva de Böckenförde se diferencia de principios abstractos de Derecho natural, ya que los últimos sirven como guía de la razón práctica y las primeras indican que es lo correcto en circunstancias políticas reales. Por lo que el Derecho natural tiene una misión política que requiere un compromiso de

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

quienes lo promueven. Y si la norma pierde su conexión con el reino de lo moral es propensa a todo tipo de interpretaciones, como aquellas que se han intentado realizar relativizando la dignidad humana.³⁸

Con respecto a la problemática de pensar en la ética jurídico-cristiana y el Derecho secular, Böckenförde indica que el Estado democrático depende de intervenciones éticas para proteger el fundamento moral del Derecho. puesto que el entendimiento ético está fuertemente influenciado por el pensamiento cristiano, el Derecho secular se ve ayudado por este pensamiento, y no recluye su influencia en la consolidación moral social.³⁹

El fundamento moral compartido por los miembros de la sociedad es un prerrequisito para un estado liberal, ya que da contenido a la idea de libertad como fundamental para el Estado. Y cualquier Estado que trate de usar la autoridad o la fuerza para producir un sentido de moralidad y así conservar la libertad, estaría contradiciendo la libertad en sí misma y se convertiría en un estado totalitario.⁴⁰

Ahora, las creencias morales y convicciones éticas de los miembros de la sociedad con respecto a preguntas jurídicas cambian con los valores sociales, por lo que la concepción universal del Derecho natural queda en conflicto, si se entiende la universalidad del Derecho como la Iglesia neoescolástica explicaba, que era la característica de supertemporalidad, superculturalidad e inmutabilidad de las normas.

Para Böckenförde no se puede concebir pensamientos universales apartados de la cultura, porque un pensamiento es esencialmente un producto cultural, así como lo es la

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

norma legal o la ética. Por lo que la nueva escuela del Derecho natural en Alemania proclama el Derecho natural como una construcción cultural. Lo que significa que está impregnado por su contexto y tiempo de formación, esto se puede observar en que a través de la historia las doctrinas de Derecho natural no han sido permanentes ni súper temporales con respecto a su contenido, sino que han estado en función del entendimiento moral de su tiempo, por lo que no se puede pensar en Derecho natural aparte de la historia y el tiempo, considerándose así el Derecho natural como un Derecho histórico.⁴¹

A pesar de lo anterior, Böckenförde reconcilia esta concepción histórica del Derecho natural con la universalidad del Derecho, argumentando que mientras el contenido de este ha cambiado a través de la historia, la existencia de una normativa natural ha sido raramente dudada. Por lo que si bien el contenido del Derecho natural depende del contexto histórico, la idea de una normativa universal en sí misma parece ser universal.⁴²

CORRIENTE FILOSÓFICA: POSITIVISMO JURÍDICO

Posteriormente al iusnaturalismo, surge el positivismo de manera reaccionaria, en el que se postula que no hay derechos naturales, sino que las normas son creadas por el hombre en razón de un pacto previo realizado por la humanidad o sociedad específica; es decir, de manera lógica y por medio de un razonamiento, se llega de manera civilizada a un acuerdo entre todas las partes de la sociedad y se crean normas funcionales para obtener la paz social, el orden y la seguridad jurídica.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

Sobre esta corriente, menciona Rodolfo Vásquez, citando a Martin Böhmer: “*El derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos trabajen con dichas normas, en cualquiera de las diversas profesiones jurídicas.*”⁴³

La corriente positivista del Derecho ha sido desarrollada desde el siglo XX en Alemania, con la jurisprudencia de conceptos y luego lo que se transformaría en la jurisprudencia de intereses. En este mismo período, en Francia se estaba desarrollando el positivismo con los que se llamaron Escuela de la Exégesis, y en Inglaterra con Jeremy Bentham y John Austin, Escuela Analítica.

Entre 1804 y 1904 surgen los comentaristas del código de Napoleón en Francia, quienes tenían un método de interpretación estricto que guardaba el respeto al texto, método utilizado por los cristianos también para el estudio de la Biblia. En el siglo XX se toma este método como base para futuras interpretaciones de normas, método al que denominan exegético, ya que también es a partir de este momento que se le denomina a los inspiradores de este método interpretativo la escuela de la exégesis, quienes buscaban elementalmente enseñar el Derecho civil en las facultades de Derecho, basados en el código napoleónico estrictamente, es decir, dictaban los artículos, y uno por uno los explicaban en clases, procurando la inmovilización del Derecho.⁴⁴

⁴³ VAZQUEZ, Rodolfo. (2008). *Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*. Revista sobre enseñanza del Derecho. No. 12, p. 222.

⁴⁴ HALPÉRIN, Jean-Louis. (2003). Exegesis (School). Traducido por: Andrés Botero. *Revista de Derecho*. N° 48. Colombia, 2017. Pp. 268-271.

Sin embargo, se dice que no solo se utilizó un método de interpretación literal y gramatical en esta época, sino que en algunos momentos se hizo uso de la jurisprudencia, haciendo referencia a la interpretación de la norma por parte de los jueces.⁴⁵

*Los rasgos característicos de esta escuela son: 1) el culto al texto de la ley, 2) el predominio de la investigación de la voluntad o intención del legislador, 3) un carácter profundamente estatalista, 4) el recurso “ilógico y paradójico” a la “noción de derecho” y 5) la fuerza del argumento de autoridad.*⁴⁶

En esta misma época, mientras en Francia se vivió una exégesis con respecto al código napoleónico, en Alemania se desarrolla la que se denomina actualmente Escuela Histórica del Derecho, cuyo mayor exponente fue Savigny. En ese momento en Alemania se vive un período de antirracionalismo, es decir, el llamado Romanticismo, que no se podría encasillar como una ideología política, ni una filosofía, sino como una visión de mundo y un sentir.

En esta época, *se busca una exaltación de la vida (...) en sus misteriosas concreciones, como poder espontáneo y sagrado, como fuerza de arcanos orígenes, que no puede reducirse a fórmulas racionales.*⁴⁷ De acuerdo con el romanticismo, la historia es natural, ya que es el desarrollo orgánico del espíritu y se manifiesta en las tradiciones de los terrenos. Lo tradicional no es obra de la razón individual, sino el espíritu madurado en el tiempo. La comunidad nacional es la realización concreta de la individualidad histórica,

⁴⁵ *Ibidem.* P. 272.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 267.

⁴⁷ RECASENS SICHES, L. (2010). Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Mexico. P. 440.

dotada de propio espíritu. Y el espíritu nacional es una realidad psíquica auténtica, por lo que se valora las manifestaciones espontáneas del espíritu popular.⁴⁸

Otro punto importante del romanticismo es que considera que los ideales no pueden conocerse elevando la vista hacia una región de abstracción racional, sino observando la historia, el ideal no está más allá de la realidad, sino que se logra observar en el proceso histórico, no es necesario racionalizar las cosas, sino observarlas; de ahí que en el romanticismo se tiende a darle vida a todas las cosas, animar las cosas, como las colectividades, las naciones tienen su alma propia (*volksgeist*).⁴⁹

En razón del movimiento mencionado anteriormente, es que Savigny explica que la cultura es la emanación del espíritu del pueblo o alma nacional, y el Derecho, que es un fenómeno de la cultura, fluye de modo natural del espíritu del pueblo. Entonces, de acuerdo con la escuela histórica del Derecho, este es emanación de la cultura que es parte de la historia de un pueblo, mismo que tiene un espíritu propio y real. El Derecho no está constituido por normas creadas como juicios racionales, sino que naturalmente emana del alma nacional, como convicciones jurídicas o Derecho consuetudinario.⁵⁰

Siguiendo la línea argumental de Savigny, el Derecho no puede ser producto de la razón abstracta, los ideales jurídicos no pueden ser contruidos intelectualmente sino que son producto del espíritu colectivo de cada pueblo, es decir, no hay otro Derecho que el positivo, ni otro ideal de justicia que el de la conciencia popular histórica, que se logra observar en el Derecho consuetudinario, y es traducido por el soberano en la ley, no de manera racional,

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 441.

⁵⁰ *Ibidem*. Pp. 441-442

sino por medio de crítica y valoración histórica. Es así como *el derecho se desenvuelve y progresa en proceso sin esfuerzo y sin dolor, plácidamente, como la hierba es una fértil pradera*.⁵¹

Por otro lado, en Inglaterra, en esta misma época Jeremy Bentham y John Austin fueron las figuras propulsoras del positivismo jurídico, con la corriente que ahora es llamada jurisprudencia analítica. Según Bentham, el Derecho es la voluntad del soberano en un Estado, las normas jurídicas separadas del cuerpo jurídico estatal no existen ni pueden ser entendidas. Un cuerpo de normas es un vasto y complicado mecanismo, del cual ninguna parte puede ser completamente explicada sin el resto, a partir de esto es que al definir el Derecho en aquel momento se decía que “el derecho es derecho”.⁵²

Para Bentham, a pesar de lo anterior, el pueblo no toleraría caprichos del soberano, así que si bien es legamente ilimitado, tiene sus limitaciones, y estas son explicadas por medio de la regla de utilidad, es decir, no hay razón de limitar las libertades de los individuos si no hay un beneficio social de dicha limitación de la libertad.⁵³

El Derecho crea obligaciones y derechos para proteger los privilegios, inmunidades y exenciones de los individuos. Las limitaciones del poder del soberano no están delimitadas por la utopía del derecho natural, sino por lo que Bentham denominó el principio de la mayor felicidad; además, en caso de que el soberano transgreda el principio, de manera lógica, tarde o temprano verá las consecuencias de su transgresión. Según Bentham existe la posibilidad

⁵¹ *Ibidem*. Pp.442-443

⁵² MANELI, Mieczyslaw. (1982). *Bentham's juridical positivism and rhetoric*. Revue internationale de philosophie, v.36, n.141. Estados Unidos, Nueva York. Pp.444-445

⁵³ *Ibidem*.

de resistencia, que no es un derecho, sino que es una consecuencia lógica del principio de utilidad o de la mayor felicidad para el mayor número de individuos.⁵⁴

El principio de la mayor felicidad del mayor número consistía en maximizar la seguridad universal, asegurar la existencia de suficiencia y subsistencia de todos los miembros, maximizar la abundancia, la equidad y minimizar la inequidad, todos los anteriores conformaban un esquema de principios y objetivos del Derecho que debía considerar el legislador al crear las normas.⁵⁵

Bentham fue un vocero de la codificación, para él, las normas no escritas eran la cabeza de Hydra, que había que cortar y erradicar, por lo que era necesario una norma, una legislación que uniera todas las naciones, por este motivo se considera el vocero del derecho internacional. La norma escrita la consideró norma general, misma que definitivamente y lógicamente será interpretada, pero debía hacerse de acuerdo con el principio de utilidad y además, cuando parezca que hay un vacío en la codificación, lo que el juez diga o interprete no es considerado derecho, hasta que el legislador lo codifique (positivice).⁵⁶

Bentham creó métodos de interpretación, para cuando pareciera que dos normas chocan, entonces la particular prevalecerá sobre la general, de ahí es que se puede considerar que Bentham admitió la existencia de contradicciones en el código, aunque consideraba que cuando parecía haber una contradicción, entonces el profesional en Derecho debía primero pensar que es solo aparente, en razón de su propia ineptitud y no la mente maestra del

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

legislador; es decir, el intérprete debe considerar razonable la escritura del legislador, se debe tomar por presunción.⁵⁷

Según Bentham, no se debía poner atención a ningún comentario del código, sino a la norma en sí misma.

“Let us recapitulate Bentham's commentaries: - when the text is clear, one may give examples in order to explain the text ; - explanations should be exemplifications only, but not explanations of the text, and all commentaries should be regarded unnecessary and useless ; - what is truly obscure should not be explained, but referred to the legislator.” *[Permítannos recapitular los comentarios de Bentham: -cuando el texto es claro, uno puede dar ejemplos a fin de explicar el texto; -explicaciones solo deben ser ejemplificaciones, no explicaciones del texto, y todo comentario debe ser considerado innecesario e inútil; -lo que es oscuro no debe ser explicado, sino referirse al legislador].*⁵⁸

Ahora, de acuerdo con John Austin, la ciencia del Derecho y las ciencias de la legislación son dos cosas distintas, la ciencia del derecho es una teoría autónoma e independiente del derecho positivo, que se ocupa de leyes positivas, leyes en sentido estricto, sin considerar reglas morales, la bondad o maldad. La ciencia de la legislación puede ser derivada de la ética, ya que debe medirse el derecho positivo con los principios en los que debería basarse para merecer aprobación.⁵⁹

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem*, P. 250

⁵⁹ BODENHEIMER, E. (1942). Positivismo analítico. JURISPRUDENCE (TEORÍA DEL DERECHO). Fondo de Cultura Económica, México. Pp.: 309-339.

El jurista se ocupa meramente del Derecho, solo el legislador interesado en problemas éticos debe preocuparse en el deber ser del Derecho. El Derecho no es igual al Derecho justo o ideal, el jurista se ocupa solo del Derecho, que es un mandato del soberano para un miembro o miembros de la sociedad política. El soberano es supremo y su mandato tiene un elemento imperativo, que no todo mandato tiene, y es su carácter de ley. También existe el derecho positivo creado por el juez, que tiene fuerza legal y autoridad otorgada por el soberano. ⁶⁰

La escuela analítica del Derecho considera el Derecho no como una revelación de la voluntad divina o un producto de fuerzas metafísicas, sino que es producto exclusivamente de la acción humana. No se ocupan de los procesos históricos o sociológicos que ejercen influencia en la formación de la voluntad legisladora, sino que consideran el derecho como un producto acabado de la voluntad soberana, mismo que se analiza para obtener claridad y consistencia lógica en el orden jurídico.⁶¹

La voluntad soberana formula definiciones de los términos generales que son indispensables para comprender los entresijos y complicaciones del Derecho, por medio de conceptos y clasificaciones. El método empleado por el jurista analítico es un estudio comparativo de los conceptos jurídicos, es estrictamente empírico, se utiliza el método lógico, abstracción y deducción lógica, un ejemplo es el silogismo, que es el proceso lógico en el que se subsume un grupo determinado de hechos dentro de una regla jurídica general.⁶²

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.*

La escuela analítica del Derecho considera que el legislador ha establecido una regla general de Derecho para todas y cada una de las situaciones que puedan darse, el Derecho no tiene lagunas que deba llenar un juez, aunque según Austin el proceso judicial sí crea Derecho positivo.⁶³

Posteriormente a estos fundadores de la corriente positivista del Derecho, surge la reforma del positivismo con Kelsen y el círculo de Viena, después de la I Guerra Mundial, quien si bien no era parte de este círculo, tuvo participación activa con el desarrollo de su filosofía del Derecho.⁶⁴

Menciona Imana Christopher, en forma de resumen sobre el pensamiento de Kelsen:

“... were a thoroughgoing empiricism, tempered by an exaggerated respect for the achievements and capabilities of modern science, and a complete rejection of metaphysics as meaningless. This positivist methodology was antithetical, for example, to natural law philosophy...” [*fue un concienzudo empirismo, nivelado por un exagerado respeto por los logros y capacidades de la ciencia moderna, y un rechazo completo de la metafísica como insignificante. La metodología positivista fue antiética, por ejemplo, con respecto a la filosofía natural del derecho...*]⁶⁵

El Derecho positivo busca eliminar todo tipo de valoración del Derecho, busca purificarlo a tal punto de no mezclar ningún otro tipo de disciplina social en su creación u aplicación, es decir, decantar el Derecho de las ciencias políticas, sociología, psicología y ética. Plantea el Derecho como empíricamente comprobable, siendo su objeto de estudio las

⁶³ *Ibidem*, pp. 320-327.

⁶⁴ IMANA, Christopher. (2010-2011). *HANS KELSEN'S LEGAL POSITIVISM AND INTERNATIONAL LAW*. LINCOLN LAW REVIEW, vol. 38. CALIFORNIA, ESTADOS UNIDOS, pp. 43-44.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 43.

normas, mismas que se pueden llegar a conocer mediante la aplicación del método científico, sin necesidad de ser explicadas por medio de valores y asuntos metafísicos.

Es así como Imana menciona desde una perspectiva filosófica positivista-kelseniana, que los sistemas de Derecho y Estado, podrían estar libres de tintes políticos.⁶⁶

“An analytical description of positive law as a system of norms is no less empirical than natural science-restricted to material given by experience. (...) Therefore, Kelsen tried to formulate a:

“pure theory of law”... kept free from all the elements foreign to the specific method of a science whose only purpose is the cognition of law, not its formation. A science has to describe its object as it actually is, not to prescribe how it should be or should not be from the point of view of some specific value judgements.

Distinguishing his legal positivism from the irrational and superstitious natural law tradition, with its concern for “justice”...”

[Una descripción analítica del derecho positivo como un sistema de normas no es menos empírico que las ciencias naturales, restringido a la materia percibida por la experiencia (...) es así como Kelsen trato de formular una “teoría pura del Derecho”... libre de todo elemento extraño al método específico de una ciencia cuyo único propósito es la cognición del Derecho, no su formación. Una ciencia tiene que describir su objeto como es, no prescribir como debería ser o no debería ser, desde el punto de vista de algún específico juicio de valor.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 44.

*Distinguir su positivismo jurídico de lo irracional y la superstición del derecho natural, con su preocupación por la justicia...]*⁶⁷

De la anterior descripción, se puede sustraer importantes pilares del pensamiento *iuspositivista*, y es la limitación del Derecho a la comprensión de las normas, que sin importar cómo fueron formadas, y cuál es su contenido, si es justo o injusto, moral o inmoral, lo importante es que son válidas por el Estado, son válidas por su aplicación por parte de los jueces, y la forma de conocerlos es una aplicación del método científico al Derecho, creando así la ciencia jurídica.

“Kelsen argued: (...) the validity of positive legal norms does not depend on their conformity with the moral order; it means, that from the standpoint of cognition directed toward positive law a legal norm may be considered valid, even if it is at variance with the moral order.”

*[Kelsen argumentó: (...) la validez de las normas positivas no depende de su conformidad con el orden moral, es decir, que desde el punto de vista de la cognición dirigida hacia un derecho positivo, una norma jurídica puede ser considerada válida, aun si difiere con el orden moral.]*⁶⁸

A partir del desarrollo de la teoría pura del Derecho de Kelsen, es que se logra sustraer y diferenciar el Derecho de las normas religiosas y éticas, igualmente es un argumento y apogeo a la separación de la Iglesia y el Estado, ya que Kelsen abarca con su explicación del *iuspositivismo* al Estado, como ente creador y perpetuador del sistema jurídico de un país, por medio de la aplicación coercitiva del mismo. Sobre esto, explica Imana:

⁶⁷ *Ibidem*, p. 46

⁶⁸ *Ibidem*, p. 47

“a definition of law that does not include coercion must be rejected because the element of coercion distinguishes law from other social orders.(...) there is no fact that by itself –that is, regardless of a consequence stipulated by the legal order –is a delict. There are *no mala in se*, but only *mala prohibita*. Delict and sanction represent the static aspect of the law.” [*Una definición de derecho, que no incluya coerción debe ser rechazada, porque el elemento de la coerción distingue el derecho de otros ordenamientos sociales (...) no hay un hecho que por sí mismo –que es, sin importar sus consecuencias legales –es un delito. No hay no mala in se, pero sí hay mala prohibita. Delito y sanción representan el aspecto estático del Derecho.*]⁶⁹

Años después, en 1958 Alf Ross discípulo de Hans Kelsen publica ON LAW AND JUSTICE, en el que expone su tesis sobre la ciencia jurídica, que menciona que el Derecho está conformado por enunciados lingüísticos de tipo directivas, que a su vez pueden ser mandatos, súplicas, peticiones, sugerencias, normas y deseos, y entre el conjunto de directivas normativas, se explica que son enunciados prescriptivos y no descriptivos. De acuerdo con su análisis, la idea de norma es de índole metafísica y por ende, no puede ser utilizado en un discurso científico.⁷⁰

Ross diferencia los convencionalismos sociales de las normas jurídicas, y la diferencia se basa en el método formal de emisión de la norma, es decir, la diferencia se encuentra en que una norma es emitida por el legislador y la otra no, solo es aceptada socialmente.⁷¹

⁶⁹ *Ibidem*, p. 52- 54.

⁷⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (setiembre, 1967). *En torno de la teoría de alf ross. Revista hispanoamericana de filosofía*. V.1, N. 3. Instituto de investigaciones filosóficas, universidad nacional autónoma de México. Pp. 3-4.

⁷¹ *Ibidem*.

De acuerdo con Ross, no puede haber vida colectiva sin reglas, mismas que se pueden apreciar como fenómenos sociales, y estos al ser apreciados por el legislador y emitidos de manera formal por este mismo, surge la norma a la “vida jurídica”, pasa de ser un fenómeno jurídico a una norma jurídica, y su diferencia con otras reglas sociales, es que tiene una facultad coactiva, que una regla social no tiene, sino que existe y los demás seres sociales esperan (hay una esperanza) que se cumpla, pero no hay forma de hacerla cumplir.⁷²

Según Ross, las normas son esquemas interpretativos de los fenómenos jurídicos que ocurren en la actividad humana social. Entonces, el derecho vigente es el conjunto de normas que son observadas, y que a quienes van dirigidas, se sienten vinculados por estas. Ross rechaza cualquier idea a priori de fuerza obligatoria de la que deriva una norma, menciona que los sistemas normativos son hechos, que pueden ser descritos.⁷³

Ross clasifica materialmente las normas en normas de comportamiento y normas de competencia, las últimas son dirigidas a los órganos de jurisdicción y no a los particulares, son directivas para los tribunales y jueces, y las referidas a los sujetos particulares derivarán necesariamente de que las de competencia se cumplan. Así las cosas, para Ross, un sistema jurídico es el conjunto de reglas relativas a la organización y funcionamiento del poder coactivo estatal; de esta concepción, se deduce lógicamente que los fenómenos jurídicos equivalen a las sentencias de los jueces, y que de la aplicación de las normas y la creación de fenómenos jurídicos, deriva la vigencia del sistema normativo.⁷⁴

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ *ibidem*

Se esgrime de lo anterior, que para Ross hay dos factores importantes para describir un sistema normativo como vigente, y que las normas tengan eficacia, es decir, que los tribunales apliquen las normas, y segundo factor, menciona Ross que es interno, y que los jueces se sientan vinculados por las normas. Entonces, según Ross, las normas emitidas por el legislador que no han sido aplicadas por los jueces no son normas jurídicas, porque no tienen eficacia y aún no se sabe si los jueces se sienten vinculados por las mismas. Sin embargo, el último elemento, sobre el sentimiento de vinculancia de los jueces, es un punto débil de Ross, muy criticado, ya que también menciona que el juez lo único que hace es verificar como una ecuación matemática, que se cumplan los elementos fácticos que contiene la norma y si se cumplen, entonces se aplica, y así es como una norma pasa a ser vigente, es decir, no interesa qué siente el juez, si lo hace por temor de un poder despótico o demás, lo que importa es lo que “dijo” en la sentencia, usó o no usó la norma para justificar su decisión.

75

De lo anterior, se puede apreciar que Ross tiene propuestas interesantes y novedosas para su época, pero que a pesar de esto, no deja su raíz positivista, en el sentido de que, si bien explica aspectos importantes del Derecho, tal vez no analizados anteriormente, no prescinde de conceptos tradicionales como norma, deber jurídico y derecho subjetivo.⁷⁶

En 1961 Herbert Hart, otro seguidor de Hans Kelsen, publica THE CONCEPT OF LAW; en este se puede apreciar la afinidad de Hart de delimitar el Derecho como el Derecho positivo, y este el objeto de estudio de la ciencia jurídica. Según Hart el Derecho positivo puede ser descrito de manera amplia como las reglas que son válidas conforme con los

⁷⁵ ibídem

⁷⁶ Ibídem.

criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atentan contra la moralidad propia de una sociedad.⁷⁷

Hart explica con mayor detalle el aspecto interno y externo de una norma, siendo esta concebida dentro del conjunto de reglas en general, es decir, entre el conjunto de reglas se pueden encontrar las sociales y las jurídicas, ambas, o cualquier norma puede ser analizada desde un punto de vista interno o un punto de vista externo, que para Ross, el solo hecho de que existe el enunciado, este es el aspecto externo, y el sentimiento de vinculación de los jueces es el aspecto interno, con respecto a las normas jurídicas.

Según Hart, el aspecto externo alude a la posibilidad de dar noticia del Derecho desde un punto de vista empírico, en cuanto a fenómeno social. Y el punto de vista interno supone la posibilidad de dar cuenta del Derecho no ya como un hecho social sino como un orden normativo.⁷⁸

Los puntos de vista desde los que se observa o analiza el Derecho, clasificarán al sujeto como un observador o un participante (aceptante), quienes al referirse al Derecho, harán enunciados externos o internos. Los enunciados internos expresan la aceptación de las reglas de un sistema y son formulados por gente como los jueces, quienes utilizan estas normas para justificar sus decisiones. Los enunciados externos describen la existencia de ciertas reglas, sin que su formulación implique aceptación de tales reglas.⁷⁹

⁷⁷ ORREGO S, Cristóbal. (Enero-Abril 1995). El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de h.l.a. hart. *Revista Chilena de Derecho.* V.22, N. 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. P.: 24.

⁷⁸ SASTRE ARIZA, Santiago. (1999). *Ciencia jurídica positivista y Neoconstitucionalismo.* McGraw Hill/Interamericana de España, S. A. U. Madrid. Pp. 92-94.

⁷⁹ SANTIAGO NINO, Carlos. (agosto, 1981). Los conceptos de Derecho. *Revista hispanoamericana de Filosofía.* V.13, N. 38. Instituto de investigaciones filosóficas, Universidad nacional autónoma de México. P.:31..

Uno de los aportes más importantes de Hart, es el análisis del punto de vista interno, utilizado en la actualidad para la explicación de la ciencia jurídica. Para Hart, no se puede ligar el punto de vista interno con la subjetividad de un sentimiento, ya que pasaría la raya o límite entre el Derecho y la moral; hay que entender el punto de vista interno como la adopción de las normas como guías de conducta, es decir, hay una adecuación a la norma (o sistema de normas jurídicas), y luego la justificación del comportamiento propio y de los demás, acudiendo a las normas, o sea, hay una crítica, pero no basada en la moralidad de los sujetos, sino en la aceptación de normas positivas previas.⁸⁰

Para Hart es importante el elemento interno de adecuación a la norma, puesto que expresa una aceptación, que se manifiesta en el individuo aceptante en su comportamiento y su lenguaje, es decir, el aceptante se expresa mediante enunciados normativos: “yo debo, tú debes...”. De ahí que Hart se refiera a tres sub elementos del elemento o punto de vista interno, es decir, se compone por el elemento de adecuación (guías de conducta), elemento crítico y el elemento lingüístico.⁸¹

Posteriormente, surge la crítica a la teoría del Derecho promulgada por Hart, quien es uno de los mayores exponentes del positivismo jurídico; Ronald Dworkin, quien considera que efectivamente hay más que normas validas positivizadas, sino que hay principios jurídicos.

“Legal principles are standards phrased generally (e.g., ‘No one shall profit from his own wrong’); they do not have a formal “pedigree,” but are requirements of morality. Nonetheless, courts are obliged to apply such principles, and thus have no lawmaking

⁸⁰ SASTRE ARIZA, Santiago. *Ibíd.* P. 93.

⁸¹ *Ibidem.* Pp. 93-94.

discretion” [los principios jurídicos son frases estándar, generalmente [Por ejemplo: “nadie obtendrá beneficio de su propio error”]; no tienen una fuente formal pero son requisitos de moralidad. En todo caso, los tribunales están obligados a aplicar estos principios, y por eso no tienen discrecionalidad para la creación de Derecho].⁸²

Dworkin expone su tesis, ahora considerada post positivista, a partir de 1967, haciendo diferentes publicaciones como “The model of rules I”, “Law’s Empire”, entre otros; su teoría se basa en la defensa de principios jurídicos, como normas jurídicas y parte del ordenamiento jurídico, esto ayuda a explicar los llamados casos “difíciles”, que son aquellos en los que los jueces y abogados tienen dificultad para determinar la norma aplicable, entonces en el razonamiento jurídico se aplican los principios estandarizados del Derecho, que se someten a valoración puesto que pueden chocar entre sí.⁸³

De esta manera, Dworkin también rompe el esquema positivista que se tenía al momento, con uno de sus mayores exponentes, Hart, diciendo que el Derecho es más que las reglas positivizadas, por ende, en casos difíciles no cabe la discrecionalidad sino la interpretación y búsqueda de la respuesta correcta.

Los principios de los que habla Dworkin surgen de la aceptación de los miembros de una comunidad política, de principios que los gobiernan, no solo de reglas por compromiso político, sino que los miembros internalizan que sus derechos u obligaciones jurídicas no se limitan a las decisiones tomadas en el pasado por instituciones competentes, sino que también

⁸² SHINER, Roger. (2015). “Dworkin, Ronald M (1931-2013)”. In Cambridge Dictionary of Philosophy, edited by Robert Audi. 3ra ed. Cambridge University Press. http://ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/login?url=https%3A%2F%2Fsearch.credoreference.com%2Fcontent%2Fentry%2Fcupdphil%2Fdworkin_ronald_m_1931_2013%2F0%3FinstitutionId%3D7919

⁸³ SMITH, Dale. (2007). Dworkin’s Theory of Law. *Philosophy Compass* 2/2. Monash University. Blackwell Publishing Ltd, p. 1. Australia.

depende de principios subyacentes a tales decisiones. De ahí que Dworkin hable de un Derecho como integridad, pues permite una mejor interpretación de las prácticas de Derecho y de resolución para los jueces en los casos difíciles.⁸⁴

Se puede decir que Dworkin habla de la integridad en dos niveles, en la legislación, puesto que la ley debe ser coherente con los principios que subyacen a la moralidad política, y en segundo nivel en la adjudicación, ya que los jueces al interpretar la ley deben hacerlo conforme con estos principios; entonces, la integridad sirve para imponer a los poderes públicos el deber de velar por valores como la equidad, justicia y el debido proceso, y no actuar de manera discrecional,⁸⁵ si bien Dworkin habla de un Derecho interpretativo y no descriptivo, la moralidad jurídica que se entrevé en el ordenamiento jurídico, siendo este como una novela escrita a través de la historia, guían al aplicador del Derecho hacia la respuesta correcta.⁸⁶

Otra proposición importante de Dworkin es el aguijón semántico, haciendo referencia a las muchas interpretaciones que puede haber sobre una palabra o en este caso concepto de Derecho. Según la teoría positivista moderna, la regla de reconocimiento, una regla convencional, permite determinar lo que es una norma válida, pero esto, según Dworkin, sugiere que hay consenso entre los aplicadores del Derecho, sobre qué es o no es Derecho; sin embargo esto no es real, hay desacuerdo sobre los criterios para determinar qué es Derecho, y se ejemplifica en los casos difíciles.⁸⁷

⁸⁴ SENDRA MOLL, Jorge. La concepción del Derecho como Integridad: Ronald Dworkin. *Ciencia Jurídica*, número 8, Universidad de Guanajuato, México. 2015. P.127.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ SMITH, Dale. Dworkin's Theory of Law. *Ibid*.

⁸⁷ *Ibidem*.

Según Dworkin, el aguijón semántico es:

... una práctica que determina la extensión del concepto o bien a través de criterios compartidos de aplicación o bien uniendo el concepto a una clase natural diferenciada. La infección del aguijón semántico, debo decir ahora, es la asunción de que todos los conceptos de derecho, incluyendo el doctrinal (aquel que establece las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas), dependen de una práctica convergente en una de esas dos formas. (Pero) La patología del aguijón semántico sigue siendo la misma. Los juristas que padecen la picadura del aguijón semántico supondrán que un análisis del concepto de derecho debe ajustarse (y ajustarse sólo) a lo que los juristas coincidan esencialmente en afirmar que es derecho.⁸⁸

Lo cierto es que no hay un concepto determinado y compartido de lo que es el Derecho, sino que es un término que se interpreta, con base en la práctica y los paradigmas sociales, lo que puede generar y de hecho genera desacuerdo, empero, genera desacuerdo en lo que se aplicará, o la solución jurídica que se dará, mas no en el objeto por interpretar, las prácticas, entonces se puede discutir qué es el Derecho pero seguir hablando de los mismo.⁸⁹

Dworkin es considerado parte de la rama post positivista del Derecho, ya que no considera que el Derecho deba o esté desligado completamente de la moral, así como intentaron explicar los antiguos positivistas. Según Dworkin, lo que sea el Derecho dependerá de la mejor justificación de las prácticas legales de una sociedad o país, es decir, depende de cada aplicador del Derecho hacer las “mejores” prácticas, mismas que conforman el Derecho. Aunque esto no implica que la moral y el Derecho no se distingan, ya que el

⁸⁸ SENDRA MOLL, Jorge. Ibid. pp. 121-122.

⁸⁹ SMITH, Dale. Dworkin's Theory of Law. ibid.

requerimiento para que la práctica legal sea Derecho es que coincida de manera armoniosa con lo que se conocía como Derecho, como esas prácticas legales anteriores, es decir, lo mejor en este marco no requiere ser compatible con la moralidad subjetiva de cada quien, sino con el marco legal histórico social; según Dworkin, la mejor justificación de las prácticas legales debe ser la regulación del ejercicio del poder político, de manera tal que permita equidad y cuidado integro de los ciudadanos, ya que estos son guías morales jurídicas interpretativas.⁹⁰

En 1978, Robert Alexy jurista alemán, publica “Teoría de la Argumentación Jurídica”, que sería el inicio de un análisis del Derecho al que él denomina no positivista, sin embargo, adaptando la base teórica expuesta por Hart, al igual que Dworkin, y adicionándole elementos como discurso jurídico y principios constitucionales a su teoría del Derecho, razón por la cual es considerado hoy en día como parte de la corriente post positivista o neoconstitucionalista.

El constitucionalismo es un fenómeno que puede ser explicado desde un punto de vista histórico, a través de su desarrollo desde el siglo XVIII, o desde un punto de vista doctrinario, que supone un sistema jurídico compuesto por una norma que es fuente de Derecho de modo directo, compuesto por un elemento formal, como norma de organización de un poder democrático y un elemento material, que es su tutela de derechos fundamentales judicialmente garantizados.⁹¹

Según Sastre Ariza, el constitucionalismo también puede ser explicado como una virtud, lo que es una perspectiva importante a nivel teórico jurídico, puesto que fundamenta

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ SASTRE ARIZA, S. *ibíd.*, p. 128.

la posición del “participante”, figura explicada por Hart. Menciona Sastre Ariza: “*el constitucionalismo como virtud es una actitud o disposición que consiste en respetar la constitución o en actuar conforme a lo establecido en sus preceptos.*”⁹² Entonces, el constitucionalismo como virtud presupone que la judicatura y los ciudadanos han aceptado dicha norma de manera moral, es decir, se establecen en una posición de “participante”.

El perfeccionamiento del constitucionalismo y el Estado Constitucional ha constituido el llamado neoconstitucionalismo, que se puede resumir, según Gustavo Zagrebelsky, en cinco características:

- Transformación de la soberanía mediante la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, como las organizaciones internacionales; así como el cambio de perspectiva en cuanto a la constitución, pasando de ser el centro del que partir, como carta primaria que establece unidad política estatal, a ser una meta a (sic) perseguir.
- Importancia del pluralismo, ya que hay una heterogeneidad de valores contenidos en el Derecho del Estado constitucional, entonces ya no se puede pensar en el Derecho como sistema, sino que es necesario actuar buscando la coexistencia de valores y principios constitucionales.
- Transformación de la ley con la subordinación a la Constitución.
- Democracia, como procedimiento irrenunciable al constitucionalismo actual, por su adecuación a una sociedad pluralista.

⁹² *Ibidem.* P. 128

- Principios de justicia material en la constitución, cambiando el estatismo y la racionalidad lógico formal del Derecho al uso de la ponderación.⁹³

En razón a lo anterior, es que Alexy es considerado neoconstitucionalista, ya que expone su tesis del Derecho a partir de la necesidad de aceptar la dualidad del Derecho, integrando la modalidad constitucionalista de principios y valores jurídicos, partiendo de la tesis de la conexión del Derecho y la moral, con la teoría jurídica desarrollada por el positivismo.

Según Robert Alexy, el Derecho tiene una doble naturaleza, ocupa un lugar en la dimensión real o fáctica, que puede verse en la expedición autoritativa y la eficacia social. También tiene lugar en la dimensión ideal o crítica, en su expresión de la corrección moral, que está ligado estrechamente con su tesis de los Derechos fundamentales.⁹⁴ Para llegar a esta conclusión, Alexy inició su tesis explicando el discurso jurídico, su tesis de la corrección y su tesis del caso especial.

La tesis del discurso jurídico consiste en una teoría procedimental de corrección o verdad práctica, es decir, una proposición práctica es verdadera o correcta si ella es el resultado de un discurso racional, y para llegar a hacer esto, Alexy propone 28 reglas del discurso práctico general, que buscan hacer explícito aquello que está implícito en las prácticas asertivas, indagativas y argumentativas; esta teoría del discurso requiere de una teoría sustantiva de derechos humanos, ya que contiene principios.⁹⁵

⁹³ *Ibidem*, pp. 133-136.

⁹⁴ ALEXY, R. SIECKMANN, J.R. CHIASSONI, P. BERTEA, S. BÄCKER, C. CLÉRICO, L. GARCÍA FIGUEROA, A. (2011). *La Doble dimensión del Derecho, Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra Editores SAC. Lima, Perú. p.75.

⁹⁵ *Ibidem*.

La tesis de la corrección y verdad consiste en el análisis de si los enunciados normativos son únicamente correctos o incorrectos, o si también pueden ser verdaderos o falsos, esto lleva a preguntarse si se puede hablar de hechos normativos. Según Alexy, el discurso jurídico no debe separarse del concepto de verdad, explica que hay una verdad práctica que es el hecho normativo, mientras este exista, entonces es lo verdadero. Entonces en un discurso normativo o en el uso de una proposición normativa (ejemplo: Marta debe decir la verdad), será verdadero, si y solo si, existe un hecho normativo que lo fundamente.⁹⁶

La tesis del caso especial sostiene que la argumentación puede comprobarse como procedimiento racional, por tanto, el discurso jurídico, haciendo uso de las reglas racionales del discurso general, es un procedimiento racional pero además, un caso especial, ya que cuenta con las limitaciones que establecen las leyes, los precedentes y la dogmática.⁹⁷

Posteriormente, en 1985 Robert Alexy expone un análisis de los Derechos Fundamentales, mismo que incluye la explicación de los principios, que menciona son mandatos de optimización, normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de posibilidades fácticas y jurídicas. Distingue los principios de las reglas, que son normas que exigen algo definitivo, son mandatos definitivos.⁹⁸

La teoría de los principios de Alexy es importante para el Derecho Constitucional y la ciencia jurídica, ya que de esta se deriva el análisis de proporcionalidad, un test de relevancia teórica de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad puede entenderse en sentido lato, mismo que conlleva tres subprincipios, o en sentido estricto, este

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ SASTRE ARIZA, S. *ibid*, p. 163.

⁹⁸ ALEXY, R. SIECKMANN, J.R. CHIASSONI, P. BERTEA, S. BÄCKER, C. CLÉRICO, L. GARCÍA FIGUEROA, A. *ibid*. p.64-66.

es uno de estos tres sub principios. Entonces, el principio de proporcionalidad lo constituye el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto; lo que permite una adecuación óptima a lo fácticamente posible, y una optimización relativa a las posibilidades jurídicas, por lo que es necesaria una ponderación de principios que pueden ser opuestos.⁹⁹

En el análisis del discurso jurídico de Alexy, se habla de subsunción y no de ponderación, considerándose los principios como enunciados normativos con alto nivel de generalidad. Se dice que los principios pueden ser limitados por otros principios, por lo que inicialmente en su desarrollo teórico, Alexy habla de reglas de prioridad y relaciones de preferencia, de aplicación de leyes o reglas de lógica argumentativa, y a pesar de que posteriormente habla de los principios y su ponderación, uno no deja sin efecto al otro, ya que según Alexy para realizar una ponderación de principios es necesario la argumentación, sino no sería racional. Es decir, la ponderación es racional mientras emplee la ley de la colisión y la ley de la ponderación.¹⁰⁰

En años más recientes al siglo XXI, 1992 Alexy se acerca a la concreción de su tesis del Derecho, escribiendo sobre el concepto y la validez del Derecho, manifestando que la discusión eterna del concepto del Derecho, permanece hoy en día en razón de que se da desde diferentes puntos de vista, unos lo describen desde el punto de vista del observador y otros desde el punto de vista del participante, sin embargo, Alexy manifiesta ser partidario de una

⁹⁹ *ibídem.*

¹⁰⁰ *Ibídem.*

concepción del Derecho dual, es decir, desde la teoría de la conexión, ya que un sistema jurídico sin participantes es inconcebible.¹⁰¹

Según Alexy, la incorporación de los principios en el Derecho supone una conexión del Derecho con alguna moral, no necesariamente una moral correcta, pues estos principios son morales desde el punto de vista del contenido y son jurídicos desde el punto de vista de la forma.¹⁰²

Es así como Alexy fundamenta la tesis de la corrección y la injusticia extrema; en cuanto a la tesis de la corrección, menciona que la corrección será determinada por los principios, pero qué sucede si los principios son inmorales, es aquí donde sale a la luz la teoría de la injusticia extrema. La moral correcta según Alexy es aquella fundamentable, por lo que la pretensión de la corrección será pretensión de fundamentación.¹⁰³

Las decisiones jurídicas que fracasan al intentar cumplir con la pretensión de corrección por defectos morales, terminan siendo jurídicamente defectuosas, pero la defectuosidad jurídica no implica pérdida de validez jurídica. Entonces, añade la tesis de la injusticia extrema, es decir, si bien la incorrección moral no siempre implica invalidez jurídica, sí implicará invalidez en caso de injusticia extrema, hay un umbral de injusticia.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² SASTRE ARIZA, S. *ibíd.*, p.: 171.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ ALEXY, R. SIECKMANN, J.R. CHIASSONI, P. BERTEA, S. BÄCKER, C. CLÉRICO, L. GARCÍA FIGUEROA, A. *ibíd.* p. 74.

CORRIENTE FILOSÓFICA: CRÍTICO REALISTA DEL DERECHO

Como reacción a la corriente mecanicista y lógica del Derecho Positivo, se desarrolla la corriente crítica y realista del Derecho, en la escuela escandinava con Axel Hägerström, en razón de la abundancia de escritos y desarrollo doctrinal que explicaba el Derecho diciendo que se explica por sí mismo, sin importar su contenido, se estudia la norma, que según Kant, en el mismo ordenamiento jurídico se establece una “norma madre” que establece un procedimiento que legitima de manera formal, cuáles serán las normas.

Según Bjarup, la escuela escandinava del Derecho hace énfasis en la relación entre la filosofía y la jurisprudencia, analizando cómo se llega a obtener el conocimiento legal para crear jurisprudencia, es decir, cuál es el acercamiento científico y natural que tienen los jueces, o aquellos que utilizan las normas, para poder incorporarlas en un argumento jurisprudencial.¹⁰⁵

Para esta problemática los positivistas respondían, según Hägerström, por medio de metafísica, haciendo de las palabras que constituyen las normas conceptos místicos y creando un mundo más allá de lo físico, como lo planteaba Platón. La posición de Hägerström es que solo hay un mundo en el tiempo y el espacio, que se puede conocer por medio de la experiencia, es decir, de manera empírica. Pero esto no implica que coincidía con el positivismo lógico de Alf Ross, filósofo y partidario del positivismo jurídico, de hecho seguidor de Hägerström en ciertos puntos, pero que diferían, en el hecho de que Hägerström

¹⁰⁵ BJARUP, Jes. (Marzo, 2005). *The Philosophy Of Scandinavian Legal Realism*. Ratio juris. Vol. 18, N. 1. Blackwell Publishing. Reino Unido. Pp. 1-15

mencionaba que no porque lo real solo se pueda conocer por experiencia, es que las normas por estar escritas en un papel, se pueden conocer por experiencia.

Para Hägerström la norma no era un contenido conceptual que explicaba el comportamiento humano, sino que eran palabras, sin mayor importancia en sí mismas, que unidas para expresar un discurso, provocara el comportamiento y el sentimiento en las personas, que aquel que escribió la norma pretendía, de acuerdo con su moral. De esta manera, se crea progresivamente una cultura, por lo que es una condición para la cultura humana.

En razón de que muchos de estos discursos son juicios de valor propios, del que emite la norma, lo que considera bueno o malo, esto puede causar conflictos en aquellos que deben cumplir las normas, es aquí donde entra el elemento coercitivo de la norma, que es utilizado por las personas con una posición de autoridad.¹⁰⁶

Ahora, con respecto a la no existencia de una realidad ficticia de la norma, sino solo palabras vacías utilizadas mitificando un juicio de valor; Hägerström, menciona que el Derecho puede ser parte del conjunto de lo real, considerando que los hechos naturales y reales en el mundo, existen y son controlados bajo las valoraciones y propósitos de las personas, y esto no indica que esa importancia o función que se le da a las cosas existan, sino que la cosa existe aún sin el fin que se le da. Con respecto a las normas, estas son el fin que le da al ser humano, que existe per se, en la naturaleza, y que sin las normas seguirá siendo ser humano.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Ibidem.* Pp. 7-8

¹⁰⁷ *Ibidem.* P. 8.

Es así como para Hägerström, el estudio del Derecho se encuentra en el área de estudio del comportamiento humano, el conocimiento sociológico y las humanidades, como conjunto de término que le da razones para creer y actuar, en la persecución de varios propósitos humanos. Por lo que Bjarup, resume la posición de la escuela escandinava diciendo:

“... the law is devoid of any conceptual meaning but the linguistic sentences can be used to cause the behavior of human beings as the effect. In this way the law exists as social facts related to the doctrinal study of law or legal science.” [*...El derecho está vacío de cualquier significado conceptual, pero las afirmaciones lingüísticas pueden ser usadas para provocar un comportamiento humano como efecto. De esta manera, el Derecho existe como hecho social relacionado con el estudio doctrinal del Derecho y la ciencia del Derecho.*]¹⁰⁸

En este mismo periodo se encuentra en desarrollo la denominada escuela del Derecho libre, que tomó como referencia pensadores como Geny, Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz, quienes fueron caracterizados por su crítica al formalismo jurídico, utilizando métodos no convencionales como la ironía o el tono revolucionario en sus escritos. Un ejemplo mencionado por Núñez Leiva en su análisis de esta escuela, es la alegoría de Kantorowicz sobre el “Jurista de la mesa verde”¹⁰⁹:

Un alto funcionario estatal, con formación académica, que se sienta en su celda, armado tan solo de una máquina de pensar, aunque, ciertamente, muy refinada. En esta celda

¹⁰⁸ *Ibidem*. Pp. 9-11.

¹⁰⁹ NÚÑEZ LEIVA, J.I. (2014). El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constituconalismo contemporáneo. REVISTA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE, N°42, pp.: 145-185. Colombia. P.:155.

se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, real o ficticio, y en cumplimiento de su deber, con ayuda de operaciones puramente lógicas y de una técnica secreta solo por él conocida, es capaz de demostrar, con absoluta exactitud, la decisión predeterminada por el legislador en el código.¹¹⁰

En la alegoría se habla de un funcionario, trabajador pero conocedor del Derecho, al mismo tiempo está encerrado en una celda, pero trabaja y no cumple una sentencia condenatoria. En esta celda tiene una máquina de pensar, así que su pensamiento tiene límites, tiene lógica perfecta, tiene un algoritmo o sistema determinado, como cualquier máquina. En la celda hay una mesa verde, con un código del Estado, y con estos dos elementos dentro de la celda, en caso de entregársele un caso real o ficticio, podrá resolverlo en cumplimiento de su deber, de manera exacta y perfecta, como una ecuación matemática, puesto que cuenta con el teorema lógico perfecto que se encuentra en el código.

La escuela del Derecho libre buscó demostrar la existencia de lagunas jurídicas, la existencia de más fuentes del Derecho que la ley, el análisis del rol del juez y la enseñanza del Derecho. Según estos académicos, el Derecho es libre y vivo, no se encuentra limitado por lo positivizado por el Estado, sino que hay Derecho en la sociedad que no está formalizado.¹¹¹

Un ejemplo de normas que se encuentran en la sociedad mas no han sido formalizadas, son las reglas de los trabajos preparatorios de la legislación, los debates legislativos, las normas publicadas que no están en vigor todavía, las reglas de interpretación

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem, p.: 158.

que no están necesariamente mencionadas en la legislación, las reglas de las prácticas comerciales y las buenas costumbres.¹¹²

Eugen Ehrlich menciona otro aspecto importante del Derecho de acuerdo con la concepción del Derecho libre, y es su carácter coactivo, más allá del Estado, el Derecho con su característica coactiva, existe antes del Estado, y es gracias a esta característica que se crea el Estado y se impone el mismo, por lo que no se puede confundir Derecho con ley.¹¹³

Si se piensa en el dilema del huevo y la gallina, qué fue primero, este dilema cambiando los sujetos en cuestión, y pensando en qué fue primero, el Derecho o los hechos sociales, según Ehrlich, la vida se regula y se determina a sí misma en primer lugar. Por lo que el Derecho no es un conjunto de normas de decisión, sino que es un orden constituido por reglas de obrar con diferentes fines y no solo resolver controversias jurídicas.¹¹⁴

En esta escuela se analiza la ley de manera semántica, argumentando que al ser un discurso basado en conceptos, es susceptible a interpretación, por lo que pueden haber lagunas jurídicas, es decir, ningún concepto puede ser analizado hasta sus últimas consecuencias, solo pocos han sido definidos y esos pocos, por medio de conceptos indefinidos.¹¹⁵ De ahí que no solo hay una fuente del Derecho, sino que a partir de la interpretación se crea derecho, es decir, el rol del juez cambia.¹¹⁶

El juez, según la Escuela del Derecho libre, en caso de duda, o incluso, en caso de considerar que la ley no encaja en parámetros de justicia y equidad, tiene el deber de guiarse e interpretar de acuerdo con los principios de equidad y justicia, por el actual poder que el

¹¹² Ibidem, p.:160.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem, p.: 161

¹¹⁵ Ibidem, p. 165

¹¹⁶ Ibidem, p. 166.

Estado le otorga, solventando lagunas jurídicas, pero así mismo, las que se llamaron lagunas axiológicas. Según la Escuela del Derecho Libre, esto no es otorgar mayor libertad al juez, sino reconocer lo que ya los jueces venían haciendo per se, a esto se le consideró la “epidemia de sinceridad” del siglo XX, de la Ciencia Jurídica. ¹¹⁷

Por otro lado, en Estados Unidos, en el año 1976, se reúne un grupo de académicos en la Universidad de Wisconsin, para celebrar lo que llamaron *the conference on critical legal studies*, que buscó replantearse los temas del realismo jurídico, solventando críticas realizadas a este movimiento y queriendo desenmascarar el discurso jurídico tradicional de abstracción que se tenía al momento, ignorando la política del poder. El movimiento de CLS (*critical legal studies*) busca explorar la forma en que la doctrina, la educación y las prácticas de las instituciones jurídicas trabajan para preservar un sistema opresivo y de relaciones inequitativas. ¹¹⁸

“Cls “spoke to lawyers and academics in a way that connected theoretical speculation to their daily experience [of] the law, rather than merely their abstract curiosity.” In this sense, CLS “Offered not merely a theory of law,” but a hopeful self-conception of a “politically active, socially responsible [vision] of a noble calling.” [CLS “habló con los abogados y académicos de una manera que conectó la especulación teórica con su experiencia diaria en el Derecho, en vez de solo su abstracta curiosidad”. En este sentido, CLS “ofreció no solo una teoría del Derecho sino una autoconcepción esperanzadora de una visión políticamente activa y socialmente responsable de una noble vocación”] ¹¹⁹

¹¹⁷ Ibidem, p. 169.

¹¹⁸ MINDA, G. (1995). *Critical Legal Studies. POSTMODERN LEGAL MOVEMENTS. LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTURY'S END.* NYU Press. Estados Unidos. P.106.

¹¹⁹ Ibidem, p. 107.

Los “Crits”, como se les llama a los académicos seguidores de esta corriente doctrinaria, son caracterizados por ser un movimiento negativo o destructivo, que critica sin ofrecer una solución al problema que estudian, centralizado en el momento de juzgamiento; por esta razón, es que otros académicos, que no están de acuerdo con sus postulados, manifiestan su duda en cuanto a considerar los CLS como un movimiento intelectual o corriente doctrinaria del Derecho.¹²⁰

Según Mark Tushnet, considerado uno de los primarios Crits, los CLS se puede considerar más que un movimiento intelectual del Derecho, un posicionamiento político, aunque no deja de tener su contenido intelectual jurídico. Según Martha Minow, otra académica de los CLS y feminista, considera que los CLS sí pueden ser considerados una escuela del Derecho, reconocible por su interés en explicar los principios y doctrinas jurídicas, variables y numerosas, capaces de generar resultados contradictorios de acuerdo del que se parta; asimismo, las decisiones jurídicas expresan una dinámica interna de cultura jurídica que cambia de acuerdo a factores históricos, valores y presunciones.¹²¹

Según Minow, el grupo de los CLS en el año 1980, se compromete a analizar cuatro puntos con respecto al Derecho:

“(1)The critical scholar seeks to demonstrate the indeterminacy of legal doctrine: any given set of legal principles can be used to yield competing or contradictory results; (2)The critical scholar engages in historical, socioeconomic analysis to identify how particular interest groups, social classes, or entrenched economic institutions benefit from legal decisions despite the indeterminacy of the legal doctrines; (3)The critical scholar tries to expose how legal analysis and legal culture mystifies outsiders and legitimates its

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem, p. 108.

results; and (4)The critical school may elucidate new or previously disfavored social visions and argue for their realization in legal or political practice in part by making them part of legal discourse.” [(1) *el académico crítico busca demostrar la indeterminación de la doctrina y ciencia jurídica: cualquier principio legal dado puede ser utilizado para producir resultados competentes o contradictorios. (2) el académico crítico se compromete a un análisis histórico y socioeconómico para identificar cómo los grupos de interés, clases sociales o instituciones económicas en conflicto, se benefician de las decisiones legales a pesar de la indeterminación de la ciencia jurídica; (3) el académico crítico trata de exponer cómo el análisis legal y la cultura jurídica mistifica componentes foráneos (a la ley) y legitima sus resultados; y (4) la escuela crítica puede percibir nuevas visiones sociales o previamente desfavorecidas, y argumentar a su favor para su realización en la práctica jurídica o política, haciéndolas parte del discurso jurídico.*].¹²²

Gary Minda, en su artículo sobre los movimientos postmodernos del Derecho, publicado en 1995 en la revista de Derecho y doctrina de final de siglo; divide el movimiento de los CLS en tres etapas, sus inicios a partir mediados de los años 70, hasta los inicios de los años 80, el desarrollo de una segunda generación a mediados de los años 80 y el establecimiento de una tercera generación a finales de los años 80.

La primera generación surge a mediado de los años 70's, quienes buscaron demostrar el carácter indeterminado de la ciencia jurídica, siguiendo presupuestos expuestos por el realismo jurídico que les precedió, quienes manifestaron que muchos de los tópicos o temas discutidos por el Derecho no tienen una solución determinada; es así como los Crits de esta primera generación manifestaban que el Derecho no tiene fundamento filosófico, sino que es

¹²² *Ibidem.*

toda una estructura argumentativa creada por los especialistas en derecho, es un mundo jurídico ideal que comparten estos sujetos que está ligado a su ideología liberal.¹²³

La meta de estos primeros académicos de los CLS, era revelar cómo el Derecho justificaba la dominación y el privilegio a través de un discurso teórico-técnico profesional, que proclamaba ser neutral, racional y objetivo, en el proceso y en sus resultados, en cuanto a su aplicación en los juzgados. El discurso se basaba en la doctrina, creada por ellos mismos, una serie de construcciones ideológicas que apoyaban arreglos sociales existentes, convenciendo a los aprendices del Derecho, aplicadores del Derecho y ciudadanos legos, que el sistema jurídico era justo por lógica.¹²⁴

De esta corriente de CLS, se dividen académicos e inician corrientes que iban más allá de lo dicho, aumentando o poniendo énfasis en la indeterminación del Derecho, a tal punto, que se les llamó la corriente *trashing*, puesto que consideraban que todo el sistema era incoherente, todo lo planteado por la doctrina liberal.¹²⁵

Duncan Kennedy fue parte de estos primeros académicos de los CLS, quien se enfocó en demostrar una contradicción fundamental y por ende, la indeterminación de la ciencia jurídica; esto por medio de la descripción de las muchas y contradictorias doctrinas jurídicas, que pueden resultar de los valores contradictorios que proponen y sus concepciones de lo objetivo y subjetivo, lo público y lo privado.¹²⁶

Por otro lado, Roberto M. Unger, parte también de esta primera generación de CLS, desarrolla su crítica sobre el Derecho partiendo de la crítica a la teoría liberal del Estado, del que parte la teoría jurídica moderna para explicar todo el Derecho. Unger, jurista brasileño,

¹²³ Ibidem, p. 110.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem, p.111.

¹²⁶ Ibidem, p. 108.

demonstró cómo la teoría política liberal disfraza las decisiones políticas y subjetivas, manifestando una diferencia entre el conocimiento y lo verdadero o correcto de lo que es la política, la pasión y el deseo subjetivo; entonces, el sistema liberal requiere que se crea ciegamente en valores como la neutralidad, objetividad y libertad de voluntad, para que todo el sistema tenga sentido, luzca lógico y coherente. Menciona que los derechos favorecen a grupos de interés particular.¹²⁷

Peter Gabel demostró como el estructuralismo liberal crea un esencialismo que se convierte en un tipo de religión, en donde todos los participantes son parte de un sistema mecánico completo, que funcionan al creer y reproducir la doctrina establecida, afectando desde la más pequeña y ordinaria rutina o interacción social, hasta la más grande y complicada interacción social.¹²⁸

Otro punto importante en la agenda de análisis de los Crits, se encuentra en la función profesional del abogado en el sistema. Según los Crits, la práctica legal profesional crea una cultura política que persuade a la gente a aceptar irremediamente la legitimidad e inevitabilidad de los convenios jerárquicos.¹²⁹

A partir de la crítica y análisis del sistema jurídico y sus aplicadores, los Crits realizaron ciertas propuestas para la enseñanza del Derecho, que en vez de permanecer recitando discursos técnicos para legitimar un sistema, los abogados deben ser entrenados para comprender su posición moral y política en el sistema, no solo es un técnico, sino que su trabajo tiene consecuencias sociales reales.¹³⁰

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem, p. 111.

¹²⁹ Ibidem, p. 113.

¹³⁰ Ibidem, pp. 113-114.

Posteriormente, a mediados de los años 80's, surge la segunda generación de CLS, cuyo objetivo era demostrar cómo toda interpretación de textos legales privilegiaba un significado dentro de una gama de muchas posibles interpretaciones o significados. En este caso no se habla de una contradicción fundamental entre lo privado y lo público, entre el yo y los demás, sino que se pueden encontrar diferentes contradicciones a lo largo del Derecho; estas son imposibilidades porque toman por presupuesto que la jerarquía de significados existe para permitir una interpretación coherente y estable del sistema. A esta segunda generación de CLS se les llamó los deconstruccionistas, ya que argumentaban que todas las jerarquías en el pensamiento jurídico, incluso la expuesta por Duncan Kennedy, de la contradicción fundamental, puede ser falseada o revertida si se hace una lectura deconstructiva.¹³¹

Gerald E. Frug, utilizando el método deconstructivo analiza el Derecho Administrativo, y argumenta que los abogados y jueces deberían abandonar su intención de ver el mundo o entenderlo en términos de la dicotomía de lo objetivo y subjetivo, sino que deberían analizar los problemas humanos de otra manera, puesto que lo objetivo y lo subjetivo son creaciones humanas y no lo real.¹³² Frug critica esta jerarquía dicotómica diciendo:

“Alternative to “foundations” is not “chaos” but the joint reconstruction of social life... acting together, we could begin to disassemble the structure of bureaucratic organizations –not all at once, but piece by piece. In their place we could substitute forms of human relationship that better reflect our aspirations for human development and equality”

[la alternativa a los fundamentos no es lo mismo al caos, sino la reconstrucción unificada de

¹³¹ Ibidem, p. 116.

¹³² Ibidem, p. 119.

*la vida social... actuando juntos, podemos iniciar a desarmar la estructura de las organizaciones burocráticas –no todo al mismo tiempo, pero paso a paso. En su lugar, podemos sustituir formas de relaciones humanas que reflejen mejor nuestras aspiraciones para el desarrollo humano y la equidad].*¹³³

Utilizando el método deconstruccionista, Gary Peller analizó la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, en donde observó como la argumentación de la Corte dependía de la dicotomía de lo público y lo privado, que era tomado como evidente. Según Peller, no hay referencia objetiva aparte de la cultura y la política, que permita a los estudiantes de Derecho distinguir la verdad de lo que es ideología, lo que es un hecho y lo que es opinión, lo que es real de lo que interpretación. Lo jurídico no está basado en lo natural o la naturaleza humana real, sino en una interpretación de la misma, una metáfora privilegiada.¹³⁴

Para los CLS de la segunda generación, al igual que los de la primera, el Derecho es una construcción social, que a partir de un discurso y una jerarquía de valores positivizados en la ley intenta regular la cultura.

A finales de los años 80's, a partir de la germinación de tendencias de los CLS como el *trashing* y otros escritos de Kennedy que provocaron polémica en el gremio, se consideró los CLS como una corriente no atractiva, porque si bien criticaba no ofrecía una propuesta para reemplazar lo criticado, se consideró una forma de nihilismo jurídico, por el rechazo a estándares de racionalidad y valores compartidos, su visión de los académicos liberales como

¹³³ Ibidem, p. 120.

¹³⁴ Ibidem, p. 121.

creyentes de falsas esencias pero que fracasaron en ofrecer una visión normativa del Derecho.¹³⁵

A partir de este momento se utilizó el término nihilismo jurídico de manera peyorativa para identificar un “movimiento” negativo del Derecho, sin embargo, los Crits identificaron esta respuesta a sus estudios como un miedo al nihilismo, que es una ansiedad creciente cuando la crítica jurídica no apoya la creencia de un fundamento fijo para el análisis jurídico. Para los Crits, el miedo al nihilismo jurídico es un miedo a lo diferente, miedo a que hayan otras cosas a lo dicho o positivizado.¹³⁶

Si bien, las actividades de los Crits disminuyeron y cambiaron de perspectiva filosófica desde su inicio a mediados de los 70's, a finales de los 80's ya el grupo de académicos se había expandido, y se crearon subgrupos con otros objetivos investigativos, como las *Fem-Crits* y los *Critical Race Scholars (CRS)*, que hablaban del feminismo y teorías raciales, y se expandieron hasta abarcar otros grupos sociales minoritarios, que buscaban alternativas al pensamiento jurídico tradicional. La subdivisión también provocó una dificultad para el “movimiento” de los CLS de permanecer consolidado como organización y avanzar en su crítica, así como abandonar sus objetivos iniciales y dedicarse posteriormente a temas como la promoción de la identidad de grupo y la diversidad, esto en la enseñanza del Derecho.¹³⁷

¹³⁵ Ibidem, p. 123.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem, p. 125.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

La facultad de Derecho se añade al recinto con mayor prestigio a nivel centroamericano en la actualidad¹³⁸, la Universidad de Costa Rica. En el año 1941¹³⁹ a partir de su creación con la ley número 362, emitida por el Congreso Constitucional de la República de Costa Rica en 1940; cuyo primer artículo dispone su creación y su misión “... *cultivar las ciencias, las letras y las bellas artes, difundir su conocimiento y preparar para el ejercicio de las Profesiones liberales.*”¹⁴⁰; con esto se crea inmediatamente un marco de actividad y fin específico, que es cultivar las ciencias, lo que en aquel momento y el contexto internacional, se veía como la luz de la humanidad y la liberación de los pueblos, el camino al conocimiento, la libertad a su acceso, sin barreras políticas de opresión.

Y aunque la ciencia se veía como el conocimiento máximo y sin errores por su método “objetivo”, no se dejó atrás el conocimiento de las letras y las artes, tratando de englobar todas las áreas de desarrollo del ser humano; en búsqueda de la liberación del ser humano, como lo dice al final, encuadrando la actividad de la universidad en egresar profesionales liberales. Esto se podría interpretar de manera estricta como la idea de egresar profesionales, todos aquellos que un título de un cierto conocimiento lo aplican en el mercado para lucrar, y esto en el área del comercio, como actividad privatista, por ende, profesionales liberales todos aquellos que lucran para sí mismos, y no trabajan para el Estado.

¹³⁸ Ver <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2018/06/11/universidad-de-costa-rica-se-ubica-entre-las-20-mejores-universidades-de-america-latina-para-el-2019.html>. Sobre posición de la universidad de Costa Rica en el QS World University Ranking. Además, <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2018/09/26/la-ucr-mejora-su-ubicacion-en-el-ranking-mundial-de-excelencia-en-universidades.html> sobre la Universidad de Costa Rica como única universidad centroamericana en el ranking de mejores universidades del mundo.

¹³⁹ ESQUIVEL SALAS, H. Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. descargado en https://derecho.ucr.ac.cr/sites/default/files/documents/HISTORIA_FACULTAD.pdf. p. 45.

¹⁴⁰ CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, (1940). LEY ORGÁNICA DE LA UNIVERISIDAD DE COSTA RICA. Costa Rica.

Sin embargo, se podría pensar también en un sentido lato, que engloba toda una concepción humana con una carga altamente politizada, y es la que en aquella época eran las voces de liberación, el liberalismo político, por ende, lo que buscaba era crear una entidad académica que enseñara y desarrollara conocimiento para formar personas capaces de perpetuar el conocimiento y el desarrollo político, económico y social del país; personas que sin barreras mentales o estructuras altamente cerradas, pudieran pensar y desarrollar todo ámbito del ser humano, en busca del desarrollo integral y armonioso de la humanidad.

Aunque, sin importar cual interpretación sea elegida para los “profesionales liberales”, es evidente que la misión de esta entidad era difundir el conocimiento de las diferentes ciencias por medio de la educación superior. Y es en su artículo número dos, de esta ley de creación de la Universidad de Costa Rica, que se añade la Facultad de Derecho a la Universidad de Costa Rica, que fue parte anteriormente de la Universidad de Santo Tomás de Aquino; luego pasó por una pequeña época “limbo”, por el cierre de la Universidad de Santo Tomás de Aquino, época en la cual muchos juristas mostraron su preocupación por la necesidad de la enseñanza de las leyes y la formación estructural administrativa y política en Costa Rica, razón por la cual el Colegio de Abogados pasó a tener cierto control también de la enseñanza, hasta que se logró consolidar la Universidad de Costa Rica, y así se brinda un espacio para la facultad de Derecho.¹⁴¹

Posteriormente, en el artículo 3 de la ley 362, se enfatiza un objetivo principal de este recinto de enseñanza, que es el estudio e investigación de las ciencias puras y de los problemas que atañen a la vida económica, política y social, por medio de institutos o

¹⁴¹ ESQUIVEL SALAS, H. *ibid.* pp.: 6-45.

seminarios, contribuyendo al mejoramiento del nivel cultural del país, difundiendo el conocimiento. A partir de esto se puede concluir que más allá de la continuación y proclamación del conocimiento ya existente, más allá que un adoctrinamiento a partir del pasado, se tenía por visión la investigación y el desarrollo de todas las áreas de conocimiento, de tal manera que ayudara a la consolidación cultural de Costa Rica, a la formación de personas integrales, que les ayudara a sí mismos para crecer, pero que de manera simultánea, ayudara al Estado costarricense a crecer. También se establecen ciertos métodos por utilizar, ciertas herramientas, que serían los institutos que se creen para estos fines o seminarios.¹⁴²

Por último, sobre esta ley sería necesario recordar sus artículos 4 y 5, que dispone, el primero, la autonomía de esta institución, que engloba su capacidad jurídica plena para adquirir derechos y contraer obligaciones, autonomía para nombrar su personal docente y administrativo, para disponer de su patrimonio, autonomía reglamentaria y de gobierno. Menciona que es solo de su incumbencia adoptar programas y planes de estudio, otorgar grados académicos y títulos profesionales, todo de acuerdo con las leyes que la rijan.¹⁴³

El artículo 5 menciona que la asamblea universitaria, como máxima autoridad de la Universidad de Costa Rica, estará presidida por el secretario de Estado de Educación Pública, es decir, lo que ahora sería el ministro o ministra de Educación Pública. Asimismo, la asamblea está compuesta por los miembros del consejo universitario, juntas directivas de asociaciones de egresados, y un representante de los alumnos de cada una de las escuelas universitarias. Por otro lado, el consejo universitario está formado también por el secretario de Estado de Educación Pública, quien es el presidente del consejo; el rector, los directores

¹⁴² CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, *ibíd.*

¹⁴³ *Ibidem.*

de las escuelas universitarias, el secretario de la Universidad de Costa Rica, y dos representantes de los estudiantes de la Universidad.

Es importante conocer la estructura y composición administrativa de la Universidad de Costa Rica, para poder tener en cuenta que si bien la idea es que la enseñanza de la universidad sea libre de cualquier corriente política como lo menciona el Estatuto Orgánico de la Universidad de Costa Rica de manera discursiva, la realidad es otra. En la época de auge de los centros de enseñanza del conocimiento la apoliticidad y libertad fue uno de los objetivos, pero posteriormente se logró probar como esto quedaba en los deseos de los maestros, ya que pretender que el ser humano sea objetivo es una quimera, pretender que sus decisiones estén libres de prejuicios politizados sería ridículo; el ser humano es un ser político por naturaleza, y en respuesta a esto, a pesar del continuo discurso de autonomía, no se podrá comparar nunca la autonomía con la independencia, no se podrá pensar en la Universidad como un Estado independiente; incluso, hoy en día la concepción de un Estado completamente singular, aparte y soberano está en duda, con lo que ahora llamamos “comunidad internacional”.

Por ende, se puede apreciar cómo, si bien la idea fundamental de la universidad como grupo de personas que buscan el conocimiento, a partir de la discusión, como lo fue en la época de Sócrates, sin contaminación política, se debe desmitificar; si bien se puede seguir teniendo como objetivo, hay que saber que siempre algo de ideología hay en cualquier recinto universitario, en este caso fue la corriente liberal del siglo XX que dio nacimiento a la Universidad de Costa Rica, y esto puede cambiar en cualquier momento si las condiciones sociales, políticas y económicas llegan a cambiar.

Por otro lado, esta ley de creación fue emitida en 1940; hoy en día la misión de la Universidad de Costa Rica, según la página oficial del recinto:

La Universidad de Costa Rica es una institución de educación superior y cultura, autónoma constitucionalmente y democrática, constituida por una comunidad de profesores y profesoras, estudiantes y personal administrativo, dedicada a la enseñanza, la investigación, la acción social, el estudio, la meditación, la creación artística y la difusión del conocimiento.¹⁴⁴

Esta institución no solo se creó y quedó estancada, para emitir títulos profesionales, sino que se ha ido construyendo y transformando con el día a día, y actualmente se considera que no solo es educación superior, sino de cultura, autónoma, de acuerdo con la Constitución Política del país, y democrática, ya con esto se sienta las bases o fundamento político y filosófico que la rige.

Menciona que se dedica a la enseñanza, investigación, acción social, estudio, meditación, creación artística y difusión de conocimiento; con esto se puede observar que más que emisión de conocimiento repetido, como lo sería la enseñanza, y recepción de conocimiento que sería la educación, también busca crear conocimiento y cultura, a partir de las artes, de la investigación y la acción social; muy importante el hecho de considerar entre los fines la meditación, porque esto es algo que se puede diferenciar de la enseñanza, de la educación, la investigación y el desarrollo; con la meditación se podría abarcar al pensamiento filosófico, que más que avance y desarrollo como la ciencia, busca el pensamiento y la meditación en el conocimiento desarrollado, para continuar con el mismo,

¹⁴⁴ Universidad de Costa Rica, visto en: <https://www.ucr.ac.cr/acerca-u/marco-estrategico/proposito.html>

incluso creando nuevos ámbitos de desarrollo, no solo en la dirección conocida, esto con la problematización de lo existente.

Con respecto a la visión, según la página oficial de la Universidad de Costa Rica, se busca desarrollo y cultivo de cultura de calidad, generación de carreras innovadoras, formación de alto nivel del personal académico y administrativo, atendiendo así las necesidades de la sociedad costarricense y potenciar el liderazgo del recinto en cuanto a educación nacional.¹⁴⁵

Se busca la generación de conocimiento científico, tecnológico, sociocultural e innovador, y la incorporación en redes académicas internacionales. Promover la integración y el compromiso social, la cooperación, relación solidaria, innovación, con el fin de transferir e intercambiar conocimiento entre la universidad y la sociedad.¹⁴⁶

Promover la democratización del acceso a la educación superior, mediante programas que favorezcan la equidad, inclusión social y los servicios de apoyo a la población estudiantil para facilitar la permanencia y la culminación exitosa de los estudios en la institución. Y, por último, impulsar la internacionalidad solidaria, mediante redes académicas y movilidad de la población universitaria, velando por la sostenibilidad ambiental, liderazgo tecnológico y modernidad de la infraestructura física.¹⁴⁷

En resumen, la Universidad de Costa Rica busca desarrollo del conocimiento cumpliendo con la agenda política internacional, es decir, busca de manera implacable que sus integrantes en su ejercicio ya sea académico o profesional, cumplan y estén aptos para

¹⁴⁵ Universidad de Costa Rica, visto en: <https://www.ucr.ac.cr/acerca-u/marco-estrategico/aspiracion.html>

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

ser “buenos” ciudadanos internacionales, profesionales de “calidad”, amigables con la comunidad internacional y sus objetivos, objetivos de desarrollo científico y tecnológico, profesionales que sean competitivos en esta comunidad, capacitados para trabajar donde se les llame para colaborar con la humanidad, ya sea por razones filantrópicas o económicas.

Por otro lado, se podían agrupar los objetivos sociales en cuanto a Costa Rica, y aquí se encuentra el objetivo de democratización de la educación, que a primera vista incluye un posicionamiento filosófico y político de la institución, más allá de lo que se podría interpretar de la cultura del “desarrollo”, la cultura internacional “cientificista” en boga, de esto se podría interpretar un trasfondo neo liberal de la agenda política de la UCR; sin embargo, no es necesario hacer un análisis profundo del asunto, cuando ya de manera directa se expone la búsqueda de una práctica democrática, en todo aspecto, incluyendo los instrumentos para permitir que la sociedad en cualquier posición económica, tenga la oportunidad de acceder a la educación y permanecer en ella.

Según el estatuto orgánico de la Universidad de Costa Rica, promulgado en 1974 por el Consejo Universitario, la Universidad se desenvuelve en un régimen decisorio democrático, con lo que asegura la libertad de aquellos que la integran, en cuanto a sus decisiones personales o en colectivo. Menciona que la UCR debe contribuir con la transformación de la sociedad costarricense de acuerdo con sus necesidades, esto dirigido al bien común, justicia social, equidad, desarrollo integral, libertad plena e independencia del pueblo costarricense.¹⁴⁸

¹⁴⁸ CONSEJO UNIVERSITARIO, (1974). ESTATUTO ORGÁNICO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. Costa Rica.

Es decir, la UCR debe ser instrumento social, para su desarrollo integral, cumpliendo con principios que se encuentran también en los objetivos internacionales, siguiendo además medios como la libertad de cátedra, que otorga a los miembros del claustro plena libertad para expresar sus convicciones filosóficas, religiosas y políticas; respeto a la diversidad de etnias y culturas, libertad de expresión, estimulación de la conciencia creativa y crítica, formación de profesionales idóneos para la enseñanza, humanidades, ciencias, tecnología, artes y letras, que participen en la educación costarricense. Impulsar la docencia, investigación y acción social; y el estudio de los problemas sociales para llegar a un régimen social justo, eliminando las causas de la ignorancia y la miseria.¹⁴⁹

En cuanto a la facultad de Derecho, como parte de la UCR, debe trabajar en armonía con estos principios, pero además considerar los fines propios con los que se enseña el Derecho. Menciona la página web oficial de la facultad de Derecho que al desenvolverse la facultad en un sistema jurídico de vocación social, es necesario la reflexión humanista de los estudiantes, lo que los distingue de estudiantes de Derecho de otras universidades. Además, el desafío de la facultad es formar los mejores profesionales en Derecho para que lideren el futuro y resguarden el Estado de Derecho costarricense, formando agentes de cambio social.¹⁵⁰

Según la misión, publicada en la página oficial de la facultad, indica que es:

... ofrecer una formación académica sólida, sustentada en la enseñanza del Derecho desde una perspectiva humanista y jurídica, comprometida con el desarrollo sostenible, el progreso social, económico y político del país. (...) *estimulando* un alto rendimiento

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Facultad de Derecho; visto en: <https://derecho.ucr.ac.cr/>

académico en la docencia, investigación y acción social, *-y permitiendo-* promover la competencia tanto a nivel nacional como internacional, en un mundo cada vez más exigente y globalizado.¹⁵¹

En cuanto a la visión, menciona en esta misma página:

La facultad de Derecho asume el compromiso de un desarrollo educativo con proyección internacional y en la realidad de las ciencias sociales, para ofrecer a la sociedad una calificada preparación académica de sus graduandos, con el mejoramiento del proceso enseñanza –aprendizaje, se produce una óptima integración para lograr, (...) la aplicación de las ciencias jurídicas de corte humanista, cuyos conocimientos, habilidades y destrezas jurídicas sean aplicadas en el ámbito económico, político y social; como profesionales humanistas, críticos y con capacidad transformadora de la realidad coyuntural del país.¹⁵²

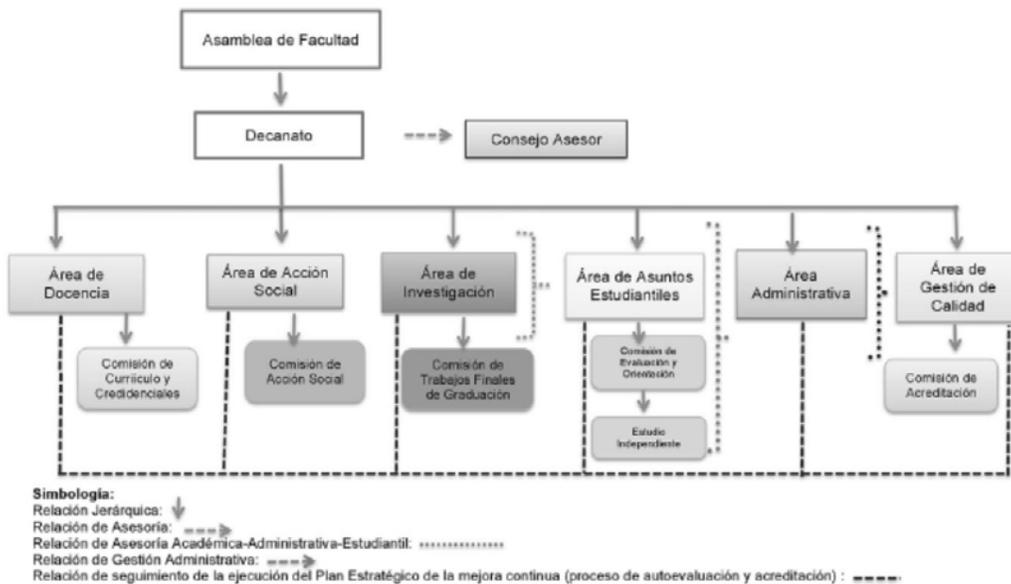
Para la consecución de esta misión y visión, la Facultad de Derecho se constituye por el cuerpo docente, de más de 200 profesores; el cuerpo administrativo, compuesto por docentes y administrativos; el cuerpo estudiantil, compuesto por estudiantes y la asociación de estudiantes; las instancias de investigación jurídica, la biblioteca de la Facultad y la asamblea de Facultad.¹⁵³

¹⁵¹ *Ibid.* Visto en: <https://derecho.ucr.ac.cr/mision-y-vision> (en cursiva lo que no es parte del texto original)

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ Facultad de Derecho, *ibíd.*

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Organigrama Administrativo



Cuadro 1. Fuente: Facultad de Derecho, página web: <https://derecho.ucr.ac.cr/estructura-organizacional>

Otro componente importante en la valoración de la enseñanza del Derecho se encuentra fuera de las aulas, y es el tema de la labor jurídica en Costa Rica y su componente humano, es decir, los juristas y abogados, es necesario tener en cuenta que si bien la enseñanza del Derecho en Costa Rica se desarrolla desde 1840 con la Universidad de Santo Tomás de Aquino, posteriormente pasó a manos del Colegio de Abogados, y termina con la integración de la facultad de Derecho a la UCR, y la apertura de universidades privadas especializadas en la enseñanza del Derecho; es a partir de mediados del siglo XX, que surge una proliferación de profesionales en Derecho, razón por la cual se ve importante el estudio y análisis de la enseñanza del Derecho, con el objetivo de asegurar a la población costarricense la confiabilidad de los profesionales en esta disciplina que estaban consultando, tarea que evidentemente llevó a cabo el Colegio de Abogados, iniciando con la organización

del primer congreso Centroamericano y del Caribe, sobre la calidad de la enseñanza del Derecho en el año 1999.

En este congreso uno de los expositores, Obando Peralta, quien en este año fue presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de la Salle, mencionaba que usualmente se culpaba a las universidades privadas por los “malos abogados” que habían en la calle ejerciendo, además que el Colegio de Abogados no estaba controlando esta actividad ni a los recintos de enseñanza del Derecho.¹⁵⁴

Sin embargo, Obando enlistó ciertas problemáticas que a finales del siglo pasado se podían evidenciar en la enseñanza del Derecho; iniciando con la creación de universidades empresa, aquellas que ven en la universidad un medio para lucrar, por ende, no hay mayor preocupación en lo que enseñan, en el contenido ni los métodos, solo crean una fachada para poder inscribirse como universidad y así empezar a ganar dinero a partir de esto, sin preocuparse en el efecto social que llegaría a tener sus egresados con títulos, en pocas palabras comprados, que llegarían a cobrar por sus servicios en el futuro y dejando en indefensión a sus representados.¹⁵⁵

Entonces, por un lado están todos aquellos que crean universidades con objetivos y finalidades lucrativas, y por otro, aquellos que buscan estudiar Derecho con el mismo fin, por tanto son como la pareja perfecta, el primer sujeto no busca enseñar, solo busca dinero, el segundo sujeto no busca aprender, solo busca pagar y comprar un título. Entonces el medio más fácil para que cada uno obtuviera sus fines fue impartir lecciones en bimestres u otras

¹⁵⁴ OBANDO PENRALTA, J.J. (1999). La problemática de la enseñanza del Derecho en Costa Rica. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, p. 28, Costa Rica.

¹⁵⁵ Ibidem.

modalidades, para que la carrera fuera lo más rápida posible, así se invertía menos esfuerzo y el cliente salía feliz; las carreras duraban en el mejor de los casos cuatro años.¹⁵⁶

Otro expositor en este Congreso, manifestaba que el problema no debía atribuírseles por completo a las universidades privadas, puesto que en muchos países centroamericanos fueron abiertos estos recintos por una necesidad, en razón de la tendencia adoctrinadora que tenía la enseñanza pública; evidentemente este no fue el caso de Costa Rica, que la apertura de centros privados de estudio fue en busca de ampliar las oportunidades de educación a la población y así garantizar el derecho fundamental a la educación, pero ya con el ejemplo de estos escenarios, es importante conservar esta posibilidad.¹⁵⁷

El problema, según este expositor, más allá de hablar de educación privada y pública, es la necesidad de los medios económicos suficientes de los recintos educativos para ejercer la enseñanza del Derecho, la necesidad de medios multimedia, un espacio físico adecuado para el aprendizaje, una biblioteca vasta, etc. Mencionó que para él, el hilo conductual entre “mala” enseñanza y la universidad privada se veía interrumpido y, por ende, no era lógico, si se tenía en consideración el factor pago de la universidad privada, ya que al tener más recursos, podía pagar a los mejores profesionales en Derecho para la enseñanza.¹⁵⁸

Por otro lado está el factor humano, este expositor decía que hay profesores mediocres, que no llegan a clase, sino que envían un asistente que está por debajo de las capacidades del profesional asignado a la clase para enseñar Derecho; algunas universidades optan por no impartir lecciones sino dar clases por tutoría o suficiencia; el CONESUP

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Una posible solución. (1999). CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp.: 34-37. Costa Rica.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

(Consejo Nacional de Educación Superior), encargado de regular a las universidades no lo hace, el curso de deontología es un fracaso; por lo que termina argumentando que es necesario una acreditación de las universidades y sus planes de estudio, su infraestructura y docentes, para llegar a una media educativa que asegure la calidad de la enseñanza del Derecho en esa Universidad acreditada.¹⁵⁹

En este congreso se contó con la exposición de Walter Antillón, quien manifestó su inconformidad con la mezcla de los fines de la Universidad y los recintos de enseñanza, con los fines del Colegio de Abogados, según él, el mayor problema era que se olvidó que el fin de la enseñanza del Derecho era la reflexión, investigación y docencia; la academia no debía preocuparse por el ejercicio de la profesión, esto provoca la “pragmatización” de la enseñanza, lo que según Antillón está mal, porque la idea es formar juristas, no jueces, legisladores o abogados.¹⁶⁰

Menciona Antillón que la pragmatización de la carrera ha llevado a impartir programas de estudio tomados de los índices de los códigos o viejos manuales extranjeros que no varían, promoviendo (sic) una práctica codiguera, dejando a un lado materias teóricas, humanistas y científico sociales, materias elementales si el objetivo es la ilustración; el estudio del ejercicio de la abogacía, la judicatura y la legislación, quedan subordinados a estos fines.¹⁶¹

Otro problema es que este tipo de planes de estudio, según Antillón, no ofrece educación humanista y científica suficiente para estar a la altura de la identificación de

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ ANTILLON, W. (1999). Como mejorar la calidad de la enseñanza del Derecho. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp.: 42-47. Costa Rica.

¹⁶¹ *Ibidem*.

problemas con respecto a la garantía de los Derechos Humanos, que según el expositor es el objetivo fundamental de la sociedad. Si se toma como ejemplo a la UCR, que es la más rica en materia humanista y científico social, estas materias no llegan a alcanzar sus objetivos, porque son percibidas por los estudiantes como obstáculos inútiles, sin conexión con la carrera elegida.¹⁶²

Los estudiantes, indica Antillón, vienen con el preconceito abogadil, no se ven como juristas, por lo que jerarquizan las materias de acuerdo con su utilidad, historia de la cultura, filosofía, filosofía del Derecho, historia del Derecho, teoría del Estado, todas estas son clasificadas como materias inservibles para la práctica jurídica, ni que hablar de economía y sociología. Este problema se agrava en las universidades privadas. Según el expositor, para construir razonamientos jurídicos es necesario una visión cualificada, para evitar las aberraciones del pensamiento “no científico”, como los mitos.¹⁶³

De esta conferencia realizada en 1999, sería importante rescatar los aportes de Palomino, jurista extranjero, quien mencionaba que los problemas de la enseñanza del Derecho se encuentran en los métodos de enseñanza obsoletos e inadecuados; no hay investigación suficiente y existe una falta de uniformidad en la formación pre profesional. Según Palomino hay una depuración en la ética profesional, las bases axiológicas y deontológicas; parte importante de la abogacía, el problema es que se elige la carrera no por vocación o amor al arte, sino por un deseo de profesionalización y lucro, es así como una persona puede caer en prevaricato, cohecho, etc. El profesional en Derecho debe ser honesto y digno, estar al servicio de la justicia y mantenerse limpio espiritualmente.¹⁶⁴

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ PALOMINO, T. (1999). Perfil del abogado en el tercer milenio. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS

A partir de la preocupación existente, se tomó en consideración la propuesta del modelo extranjero de una entidad que se encargue de acreditar las carreras, en este caso Derecho. La acreditación de las carreras universitarias es una corriente homogenizadora de la educación que se desarrolla en Estados Unidos a partir del año 1784, con el centro de acreditación Middle State, que tuvo como objetivo la autorregulación de la comunidad educativa, la integración en cuanto a la educación superior, y llegar a acreditarle al público, en una suerte de rendición de cuentas, lo que estaban haciendo.¹⁶⁵

Con esta visión sale a relucir la evidente necesidad de una regulación de los profesionales y su ejercicio, por lo que se crean asociaciones de profesionales cuya función era otorgar licencia para el ejercicio profesional, además de procurar la mejor calidad educativa.¹⁶⁶

El método empleado por estas asociaciones para la evaluación de las carreras profesionales era de carácter cuantitativo, luego cambió a ser cualitativo. Se enfocaron en revisar productos educativos y el impacto en los estudiantes, así como la satisfacción de la sociedad en cuanto a la preparación o lo que estos profesionales le ofrecían.¹⁶⁷

Según el moderador del *Congreso Centroamericano y del Caribe sobre la Calidad de Enseñanza del Derecho, el Papel de los Colegios de Abogados, en el Desarrollo Social,*

COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp.: 99-105. Costa Rica.

¹⁶⁵ Acreditación de carreras y programas una forma de mejoramiento permanente de la enseñanza superior universitaria. (1999). CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp. 21-24. Costa Rica.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ *Ibidem.*

Político y Económico de Nuestros Países, llevado a cabo en 1999 con el fin de mejorar la calidad de enseñanza del Derecho en Costa Rica:

La acreditación al ser un sistema en donde (sic) predomina un alto componente de evaluación, abre un gran espacio participativo para identificar problemas, necesidades y fortalezas mediante la autoevaluación para la formulación de acciones institucionales que reordenan e impulsan el mejoramiento de la calidad académica, objetivo que como se mencionó, orienta y le da sentido pues es a partir de la acreditación que se llega a la modernización del desempeño académico de estudiantes, docentes y del sector administrativo conforme a un proyecto de desarrollo universitario.¹⁶⁸

En Costa Rica, el SINAES –Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior- fue creado en 1997 como convenio entre las instituciones de educación superior universitaria estatal; pero no es sino hasta el año 2002 que se emite la ley 8256 del Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior (SINAES) por la Asamblea Legislativa, que le confiere la facultad de planificar, organizar, desarrollar, implementar, controlar y dar seguimiento a la acreditación que garantice la calidad de las carreras, planes y programas ofrecidos por las instituciones de educación superior, además de salvaguardar la confidencialidad del manejo de los datos de cada institución; todo lo anterior se declara como una actividad de interés público.¹⁶⁹

En la ley 8256 se establece como fin de la acreditación de una carrera universitaria, identificar con carácter oficial, las carreras y los programas universitarios que cumplan los

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 22

¹⁶⁹ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2002). LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR (SINAES). Diario oficial la Gaceta, No. 94. Costa Rica.

requisitos de calidad que establezca el SINAES, para mejorar la calidad de los programas y las carreras ofrecidas por las instituciones universitarias públicas y privadas, y garantizar públicamente la calidad de estos; según el artículo 2 de esta ley.¹⁷⁰

Para poder realizar la evaluación de los programas y las carreras universitarias que se sometan al control del SINAES, este tendrá por referencia según el artículo 19 de esta ley, estándares internacionales y sus procesos de acreditación. Entre los objetivos establecidos del SINAES, se encuentran, coadyuvar al logro de principios de excelencia académica, mejorar la calidad de las carreras y sus programas de estudio. Propiciar la confianza de la sociedad costarricense en los planes de estudio de las universidades que hay en Costa Rica, y las opciones y calidad de cada uno de estos centros de educación superior. Recomendar acciones para solucionar problemas en las universidades que se someten al proceso de evaluación; y por último, formar parte de entidades internacionales académicas y de acreditación conexas.¹⁷¹

Menciona el artículo 14 de la ley de 8256, que para cumplir con sus funciones, el SINAES contará con apoyo técnico y profesional, nombrado por el consejo de manera ad hoc, atendiendo a la naturaleza de la carrera y el programa por acreditar. Los profesionales que se nombren deberán contar con méritos académicos en docencia o investigación. Y el artículo 16 indica que la prioridad del proceso de acreditación es garantizar la calidad de las carreras y sus planes de estudio.¹⁷²

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Ibidem.

Posteriormente a esta ley, en el año 2010 se emite la ley 8798 que amplía la competencia del SINAES a evaluar y acreditar también carreras parauniversitarias; así como recomendar al Estado y sus instituciones la contratación de personal graduado de carreras oficialmente acreditadas, siendo la acreditación de interés público, razón por la cual se le asigna un financiamiento permanente por parte del Estado.¹⁷³

Con respecto a la facultad de Derecho y su proceso de acreditación, la causal fue un alto cuestionamiento por su falta de acreditación por el SINAES, cuando otras universidades privadas sí contaban con esta acreditación, y aun así se consideraba de mayor prestigio a los egresados de la facultad de Derecho de la UCR, que los egresados de otras universidades sí acreditadas; otro punto importante de crítica era el dinero que se le otorgaba a esta institución para su funcionamiento sin haber un control sobre la educación que se impartía, simplemente contaba con una prestigio mitificado en la sociedad, presión social que llevó a la administración de esta facultad a someterse al proceso de acreditación, iniciado en el año 2013 y terminado con éxito en el año 2015.¹⁷⁴

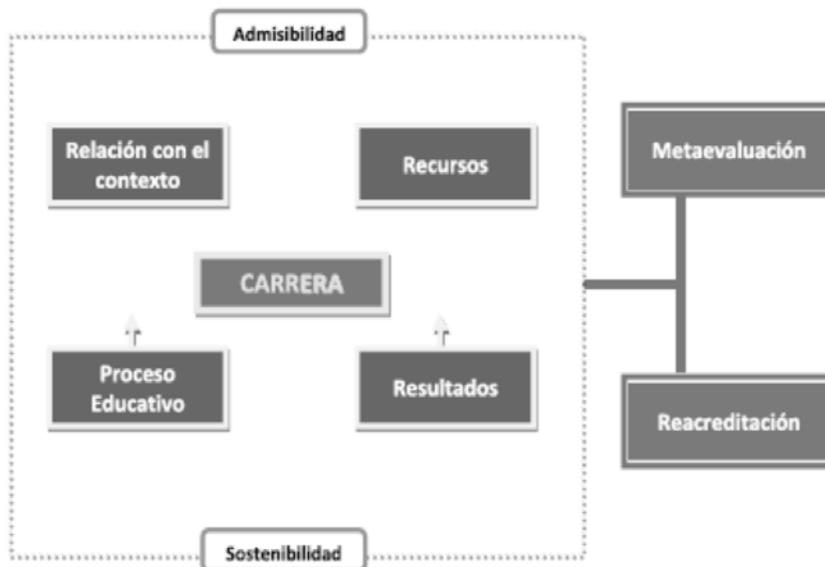
El modelo de evaluación del SINAES se centra en elementos del proceso educativo que les denomina “dimensiones”: el entorno que contextualiza, recursos o insumos necesarios para realizar el proceso educativo, el proceso en sí mismo y sus resultados. Todo se evalúa tomando como referencia las características propias de la naturaleza de la carrera por acreditar. También se encuentran los elementos que complementan las dimensiones: los

¹⁷³SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. Visto en: <https://www.sinaes.ac.cr/index.php/home/sobre-sinaes>

¹⁷⁴GARNIER VEGA, M. A. (1999). La enseñanza del Derecho. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp. Costa Rica.

criterios de admisibilidad, los criterios de sostenibilidad de la acreditación y mejoramiento de la carrera, y las orientaciones para realizar la metaevaluación y la reacreditación.¹⁷⁵

Figura No. 2.
Dimensiones del modelo de acreditación del SINAES para carreras de grado



Cuadro 2. Fuente: MANUAL DE ACREDITACIÓN OFICIAL DE CARRERAS DE GRADO DEL SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. P.: 40.

- *Criterios de admisibilidad:* Son criterios de cumplimiento obligatorio, referidos a normas del SINAES o nacionales, de funcionamiento de las instituciones de educación superior en Costa Rica.
- *Dimensión relación con el contexto:* Analizar la experiencia que la institución y la carrera ponen a disposición de la sociedad, no solo desde el punto de vista de la misión de formar profesionales, sino también desde la idea de que corresponde a las instituciones universitarias la función crítica de lo que acontece en el entorno y de que ellas tienen también la

¹⁷⁵ SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE EDUCACIÓN SUPERIOR (2009). MANUAL DE ACREDITACIÓN OFICIAL DE CARRERAS DE GRADO DEL SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. Costa Rica.

responsabilidad de producir o utilizar el conocimiento que genera la investigación. Las acciones que realiza la institución para informar a su público meta y las estrategias y requisitos para el ingreso de nuevos estudiantes, se convierten también en aspectos que crean confianza y credibilidad en los ciudadanos.

- *Dimensión recursos:* Se trata de analizar las condiciones de partida con que cuenta la carrera. Entre estas condiciones están el programa de formación, el personal (académico, administrativo y técnico), los estudiantes y los recursos físicos y financieros, los cuales son objeto de análisis en esta dimensión. Se da énfasis a la disponibilidad, cantidad y calidad de los recursos. Para el caso del plan de estudios, se espera que este sea una propuesta que guíe de manera eficaz su puesta en práctica y que considere los contenidos básicos de una carrera universitaria de calidad, así como prácticas de mejoramiento continuo.
- *Dimensión proceso educativo:* Se relaciona con el funcionamiento mismo o puesta en práctica de la carrera; el desempeño docente, la metodología de enseñanza y aprendizaje aplicados, la gestión de la carrera, los servicios al estudiante y la investigación como un área inherente al proceso educativo. Se pretende establecer si los diferentes aspectos de este proceso son adecuados y suficientes para alcanzar lo que la carrera se ha propuesto.
- *Dimensión resultados:* Se refiere a la concreción de los resultados que la carrera obtiene en función de lo previsto en el programa formativo y en los fines y políticas de la universidad. Interesan tres aspectos: el logro del estudiante en términos de su desempeño académico, si el perfil de los graduados se logra en términos de lo que el empleador percibe de su desempeño y los aportes que la carrera está en capacidad de ofrecer al gremio profesional y a la sociedad.
- *Criterios de sostenibilidad de la acreditación:* Se refieren a la capacidad de la institución y de la carrera de asegurar la calidad, de sostener la acreditación oficial y de lograr el cumplimiento del plan de mejoramiento establecido..
- *Metaevaluación:* Se refiere a criterios desarrollados con el fin de que la carrera evalúe su propio proceso de autoevaluación.

- *Reacreditación*: En la fase de reacreditación las carreras universitarias presentarán un informe que dé cuenta de los cambios ocurridos desde la acreditación oficial, de manera que se pueda valorar la evolución de tales carreras.¹⁷⁶

Como se puede observar, de las áreas de evaluación del SINAES, hay cuatro aspectos importantes que toda universidad debe cumplir, y estos tienen que ver con métodos o medios, herramientas utilizadas que procuren la calidad de la enseñanza, entre estos aspectos, la relación con el contexto procura que la ciudadanía tenga información sobre lo que imparte la universidad, la carrera, el plan de estudios, algo así como cuando se vende un producto, debe haber transparencia en cuanto a la venta del producto.

Según el SINAES la relación con el contexto también implica que la investigación sea útil para el desarrollo de la sociedad y además formar profesionales, no indica por qué el fin ulterior de una universidad debe ser formar profesionales, no indica qué considera ser profesional, pero usualmente el término profesional hace referencia a aquella persona que después de haber adquirido ciertos conocimientos sobre cierta área de desempeño técnico, la entidad que enseñó el “arte” entonces certifica la capacidad de esa persona para ejercer tal actividad, entonces se le otorga un título certificante y ya se vuelve un profesional, lo que lo caracteriza en el aspecto social, como parte de un grupo de personas con cierto conocimiento. En resumen, termina siendo una etiqueta social más.¹⁷⁷

El segundo aspecto de revisión serán los recursos, otro aspecto secundario y no de fondo por revisar. Se verifica en este aspecto que el plan de estudios contenga o explique una

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Según la Real Academia Española, *profesional* es dicho de una persona: Que ejerce su profesión con capacidad y aplicación relevantes.

manera lógica en la que se puede llevar a cabo, es decir, que logre traspasar el conocimiento al estudiante que desea, o tiene por objetivo traspasar, y que los medios establecidos sean lógicos, coherentes y reales.

Además, menciona la revisión de los planes de estudio en cuanto a su contenido básico de la carrera que asegure calidad. Entonces, se tiene como “recurso” el plan de estudio, más que el fondo, este sigue siendo herramienta, medio para la consecución de un objetivo, cuál objetivo, parece ser la calidad de los profesionales, pero al igual que profesional, no se determina qué es calidad.

Siguiente dimensión, el proceso educativo, la evaluación de esta dimensión corresponde a la evaluación del docente, la metodología de enseñanza y la investigación como área inherente al proceso educativo; se busca verificar que cada uno de estos aspectos sean suficientes y adecuados para conseguir los objetivos de la carrera. El problema se encuentra en que se busca evaluar la metodología de enseñanza, a partir de la pedagogía de manera autónoma, y posteriormente se menciona que esto logre conseguir los objetivos propios de la carrera, pero entonces el evaluador deberá tener conocimiento que en cuanto a Derecho, estos objetivos son volátiles, y la metodología dependerá de estos.

Entonces, cómo evaluar un profesional y su calidad, sin aceptar que los objetivos varían de escuela en escuela del Derecho. Incluso, plantearse que el fin de la escuela de Derecho sea formar profesionales aptos para el mercado ya tiene un posicionamiento filosófico, entonces cualquier otra escuela del Derecho que no busque este objetivo, que es el más similar o congruente con los objetivos del SINAES, estará enseñando mal y no será acreditada.

La cuarta dimensión por evaluar será la de los resultados, otro aspecto que no ingresa al ámbito de fondo, sino es un factor secundario. Menciona que para evaluar este aspecto se considera el marco de objetivos de la universidad y de la escuela de Derecho, para después verificar el desempeño del estudiante, los egresados con respecto al perfil que busca el empleador, y los aportes de la carrera al gremio profesional y la sociedad.

Esto dirige al cuestionamiento: ¿por qué analizar los objetivos de la universidad? Si los resultados serán evaluados a partir de la visión de lo que el empleador afuera de la universidad quiere, entonces la evaluación debería partir de los objetivos que el empleador tiene. Lo que pareciera aquí es que hay todo un posicionamiento filosófico externo a la universidad, en este caso del SINAES, representante de los fines del Estado, que interviene en la formación de los objetivos de la universidad, y a través de frases como, “el aporte de la carrera al gremio y la sociedad”, disfraza o disminuye el impacto adoctrinador que tiene la acreditación, ya que al final, los resultados deben ser aprobados por el SINAES en términos de si le sirve al Estado o no.

El discurso del SINAES, parte de la metodología, para legitimarse a sí mismo como entidad objetiva que solo interviene en aspectos formales y secundarios, no interviene en el fondo. Sobre esto menciona Trazeznies, en su exposición sobre la enseñanza del Derecho como actividad subversiva, que usualmente se tiende a dividir, clasificar o distinguir, a priori, el contenido de los métodos, y se relega el problema del contenido a algo secundario.¹⁷⁸

¹⁷⁸ TRAZEGNIES, F. (1975). La enseñanza del Derecho como actividad subversiva. II CONFERENCIA SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perugraph editores S.A. pp.:

Es decir, se parte de la premisa de que la “carrera” en evaluación es una “ciencia”, con verdades universalmente válidas y que no hay necesidad de replantear los principios de dicha ciencia. O también podría explicarse la remisión a la metodología por una cuestión de libertad de cátedra, el fondo no es discutible, además que el contenido del Derecho es relativo, por lo que se deja aparte; la escuela puede enseñar el Derecho que quiera, pero se evaluarán los métodos para la consecución de sus objetivos, y además, cómo logran conseguir “nuestros” objetivos, y los de los empleadores. En esto se puede observar un doble discurso, que si no es revisado, y se acredita que ambos tienen los mismos fines (SINAES e institución evaluada), podría encontrarse una contradicción e imposibilidad en cuanto a la capacidad del SINAES de acreditar la institución en evaluación.¹⁷⁹

A pesar de lo anterior, el discurso de las entidades evaluadoras de carreras indica que la evaluación no debe afectar la autonomía para formular la misión y los fines de cada institución de enseñanza superior, ya sea la búsqueda de la verdad, la formación del ser humano, en un marco de libertad académica y pluralismo científico.¹⁸⁰

Por último, sería importante señalar que a pesar de los cambios realizados en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y la preocupación general en la enseñanza del Derecho en Costa Rica, la realidad profesional del Derecho sigue dando de qué hablar, ya que ni siquiera se cuenta con información estadística y detallada del ejercicio profesional. Los escasos datos con los que se cuenta provienen del Colegio de Abogados, publicados en el año 2018; en el que se decía que al mes de julio, del 100% de aplicantes a

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Acreditación de carreras y programas una forma de mejoramiento permanente de la enseñanza superior universitaria. (1999). Ibid.

la incorporación al Colegio de abogados, más de la mitad tiene una nota inferior de 70 y solo un 16% de los aplicantes es incorporado al Colegio. De esta estadística se logra observar que de un 100% del total aplicante egresado de la Universidad de Costa Rica, facultad de Derecho, solo un 68% aprueba el examen de excelencia realizado por el Colegio de Abogados.¹⁸¹

Esta estadística solo reafirma las dudas y cuestionamientos sobre la enseñanza del Derecho mencionadas anteriormente, tema que viene discutiéndose desde mediados del siglo XX, pero que al 2019 se sigue teniendo de qué hablar; razón por la cual no se puede dejar de discutir ni investigar. Aunado a esto, no se cuenta con estudios estadísticos sobre ingreso de estudiantes de Derecho a la facultad respectiva de la UCR, ni sobre su promoción anual, con respecto al porcentaje de incorporación; tampoco hay estadísticas de su incorporación a las diferentes áreas del mercado laboral o empleabilidad.

METODOLOGÍA

En busca de analizar la enseñanza del Derecho en Costa Rica, a partir del caso específico de la Universidad de Costa Rica, y su proceso de acreditación desde el año 2014; será necesario utilizar un método sistemático, agrupando y seleccionando los diferentes tipos y métodos de enseñanza del Derecho que se pueden implementar, mismos que se identificarán a partir de un método histórico, ya que así como la ciencia (en sentido lato) del Derecho tiene un carácter ancestral, asimismo su enseñanza; también se estudiará la evolución histórica del Derecho en la academia, por medio de revisión bibliográfica.

¹⁸¹ COLEGIO DE ABOGADAS Y ABOGADOS DE COSTA RICA. (2018). Examen de Excelencia Académica. Costa Rica. Visto en: <http://www.campusvirtualabogados.cr/wp-content/uploads/2018/08/Informe-Julio-2018.pdf>

Se utilizará un método deductivo para inferir las posibles consecuencias en Costa Rica de la enseñanza del Derecho, a partir del posicionamiento filosófico elegido por esta casa de enseñanza, contrastándolo con el resultado histórico de la enseñanza del Derecho y sus consecuencias en épocas humanas anteriores. Se hará un estudio bibliográfico de la evolución del Derecho, su análisis filosófico y sus consecuencias en el gremio jurídico.

Asimismo, con base en este estudio bibliográfico, se hará un análisis de contenido de encuestas realizadas a autoridades universitarias de la facultad de Derecho y utilizando un método inductivo, se podrá dilucidar igualmente el posicionamiento filosófico de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en la actualidad, por medio de la recolección y procesamiento de datos que se obtengan de la encuesta acerca de las características de cada corriente filosófica del Derecho expresada con determinada frecuencia en la respuesta otorgada a las preguntas de la encuesta.

La encuesta estará dirigida a la población docente en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, sin embargo, aunque sería de provecho aplicar el instrumento de investigación a los 200 profesores adscritos a la facultad de Derecho, por el tipo de análisis cualitativo y el escaso tiempo con el que se contó, tiempo establecido por la facultad para realizar este trabajo de investigación, se optó por tomar una muestra representativa con los profesores asignados como directores de cátedra. Como representantes de cada línea académica abarcada en el plan de estudio.

Es, por lo tanto, un muestreo por cuotas, considerando que los sujetos elegidos para ser directores de cátedra fueron nominados por medio de un proceso razonado, considerando sus currículum, aptitudes como docentes y profesionales en Derecho; esto es un 10% del total

docente aproximado, registrado en la facultad de Derecho, con lo que se obtiene una muestra representativa, pero no conclusiva sobre la posible tendencia en cuanto a pensamiento filosófico de la facultad de Derecho de esta Universidad, por lo que se debe resaltar que esta investigación busca evidenciar la relación entre concepción filosófica y enseñanza del Derecho, para dar un ejemplo experimental primario, que no significa que el tema se dé por acabado aquí, sino que muestra la necesidad de más estudios legales en esta temática para su debida conclusión.

La encuesta estará conformada por preguntas abiertas que logren evidenciar la capacidad y el nivel de conocimiento del encuestado, por medio de un análisis de la argumentación de los encuestados, con lo que se obtiene una muestra representativa que describa el comportamiento del área académica en esta facultad. El análisis de los resultados se hará por medio de un índice complejo, por la materia filosófica de la que versa esta investigación, con un alta complejidad clasificatoria por cuestiones de interpretación; el índice medirá propiedades de los individuos, sujetos de investigación, con respecto a los resultados teórico filosóficos obtenidos previamente, acerca de las concepciones del Derecho que han brindado aportes filosóficos y sociales al estudio del Derecho a través de la historia.

Para este análisis se hará uso de la herramienta de investigación “atlas.ti”, con la cual se identificará primeramente las categorías concernientes a esta investigación y posteriormente la codificación de cada categoría. A partir de los códigos encontrados en cada categoría se analizará la frecuencia de estos códigos en el discurso de los filósofos y juristas estudiados, y de acuerdo con esta frecuencia, se determinará la descripción más cercana a la realidad de cada concepción del Derecho estudiado en esta investigación, concepción que se

tomará para identificar y clasificar la inclinación de las respuestas de los profesores a la encuesta.

Asimismo, se utilizará la concepción de cada corriente filosófica obtenida en esta investigación por medio de la utilización de uso de *atlas.ti*, para analizar el contenido de artículos de investigación publicados por algunos profesores, de este mismo grupo mencionado, directores de cátedra, que no hayan respondido la encuesta, ya sea por convicción o por diversos factores que hayan convergido al tiempo de realización de esta encuesta para no haberla resuelto.

El uso del método de análisis de discurso por medio del uso del instrumento: “artículo de investigación publicado”, en combinación con el uso del instrumento: “encuesta”; se debió a que en el tiempo de elaboración de esta investigación sobrevino un evento fortuito que afectó a toda la población mundial y obligó a todas las universidades, entre ellas esta Universidad de Costa Rica, a cambiar las estrategias y métodos de enseñanza, estudio e investigación, todo por motivo de la pandemia del virus SARS-CoV-2.

Esto provocó el cambio de las clases y trabajo presencial a teletrabajo o trabajo desde la casa, además la educación virtual vio su auge mundial y la aplicación del instrumento encuesta planeado al inicio de esta investigación en el año 2019 se vio frustrado al iniciar el año 2020, ya que los profesores tuvieron que cambiar sus agendas e incluso para algunos, aprender desde cero a utilizar las redes de telecomunicaciones para impartir sus clases, perdiendo contacto con muchos estudiantes que no estaban matriculados en sus cursos regulares virtuales, sino que estaban trabajando como investigadores, haciendo uso de diferentes métodos de investigación, no precisamente la asistencia a clases virtuales.

A pesar del fenómeno mundial descrito anteriormente, a partir del método analítico aplicado a la revisión de planes de estudio de la facultad de Derecho desde la acreditación del SINAES, las respuestas de diferentes profesores a la encuesta realizada, y por último, el análisis de discurso de los artículos de investigación publicados por otros profesores, se podrá determinar una posible corriente filosófica del Derecho seguida en esta academia y su influencia en la formación de nuevos juristas costarricenses, además de los efectos que podría llegar a tener en la sociedad costarricense o que está produciendo en la actualidad, esto a través del análisis de sentencias del área de administración de justicia en el Estado costarricense, además de la revisión de su política y visión interna, misma que en la teoría debería guiar el ejercicio de la administración de justicia.

No está demás citar a Ilewellyn, quien en su artículo *“Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”*, justificó de manera certera por qué los métodos descritos en esta metodología, aunque exhaustivos y extraños para la mayor parte la comunidad en esta facultad de Derecho, son pertinentes para el estudio del Derecho y no se desvían a un pensamiento meramente sociológico o un estudio para otra escuela académica:

Que los complejos fenómenos que se aglutinan bajo el término “derecho” han sido tratados en el pasado con demasiada generalidad, un entendimiento realista, posible solo en términos de la conducta observable, es otra vez posible solo en términos del estudio de la manera en que las personas y las instituciones están organizadas en nuestra sociedad, y en términos de la conducta interactiva de cada parte del derecho en particular y de cada parte de lo social en la organización social en particular.¹⁸²

¹⁸² CORREA MONTOYA, L. FERGUSON TALERO, A. M. MOLINA SALDARRIAGA, C. VÁSQUEZ SANTAMARÍA, J. (S.F.) Fundamentos de la enseñanza clínica del Derecho. LA ENSEÑANZA CLÍNICA

CAPÍTULO I. ESCUELAS FILOSÓFICAS DEL DERECHO, SUS MÉTODOS DE ENSEÑANZA Y EFECTOS SOCIALES EN LA FORMACIÓN DE JURISTAS.

La relación entre los movimientos o escuelas que se han desarrollado sobre el Derecho y los métodos de enseñanza utilizados por los mismos, para la propagación de su propia y definida concepción del Derecho, es una relación muy estrecha o se podría decir que son elementos simultáneos de un conjunto, en este caso, el Derecho o la filosofía jurídica del momento (hablando de un lugar y un tiempo determinado).

Pero evidentemente, para hacer tal proposición es necesario partir de una determinada concepción del Derecho, que abarque la posibilidad de concebir al Derecho como contingente y cambiante, con respecto a factores sociales y políticos, así como la posibilidad de concebir el Derecho como un instrumento discursivo con determinados fines políticos o sociales; posición que se expondrá más adelante; por el momento solo es necesario mencionar que, a través del desarrollo jurídico y filosófico del Derecho, se ha logrado determinar que la enseñanza del Derecho juega un papel importante en la creación del Derecho y la formación de todo un “sistema” jurídico, es decir, influye en las prácticas jurídico sociales. Sobre esta relación, menciona Gómez Sánchez:

La educación jurídica como espacio de reproducción de un saber formalista e ideologizado. Estas reflexiones se han elaborado desde múltiples orientaciones críticas, como los estudios jurídicos críticos, en Estados Unidos, los estudios de Derecho y Sociedad, y las perspectivas posmarxistas en América Latina, entre otras.¹⁸³

DEL DERECHO. Fundación Universitaria Luis Amigó, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO, p. 76. Colombia.

¹⁸³ GOMEZ SANCHEZ, G. I. (2016). *¿Abogados para la democracia o para el mercado?: repensar la educación jurídica*. Revista de Derecho, N° 46. Universidad del Norte, Colombia. P. 233

Asimismo, en caso de que no se quiera partir de la creencia en la existencia de diferentes posiciones filosóficas en cuanto al Derecho, y que estas modifican o cambian la enseñanza del Derecho de acuerdo con su perspectiva, entonces se puede alterar o cambiar el orden de la proposición lógica, y llevaría al mismo resultado, es decir, partiendo de la enseñanza del Derecho, se pueden identificar diferentes resultados en cuanto a prácticas jurídicas, sistema jurídico, enseñanza que evidentemente no ha sido la misma, y esto no es una proposición malversada por un pensamiento político determinado, sino que la historia registrada da testimonio de ello.

Es importante tener en consideración, previamente a continuar con la explicación y argumentación sobre los métodos comúnmente utilizados por las corrientes filosóficas en boga; que una de las posiciones más populares hoy en día con respecto a esta temática, “*enseñanza del Derecho y sus métodos de enseñanza*” elimina la posibilidad de hacer una relación entre filosofía del Derecho y metodología, porque parten de la dicotomía básica entre contenido y medio, forma y sustancia, filosofía y epistemología; razón por la cual se aclarará la premisa básica de esta investigación, y es el argumento contrario a lo que se ha venido manifestando e investigando por esta corriente investigativa (evidentemente corriente de pensamiento filosófico, que busca de manera persistente decir que pueden hablar de algo de manera objetiva y científica, en este caso los métodos, sin requerir hablar de pensamientos y corrientes filosóficas).

El tema de la enseñanza del Derecho se ha venido discutiendo desde mediados del siglo pasado pero desde el punto de partida de ser un proceso pedagógico, no específicamente partiendo del Derecho para explicar su enseñanza, razón por la cual podría considerarse esta investigación bastante novedosa, aunque en realidad solamente es una investigación que

parte de una premisa no popular, que si bien se han realizado estudios similares, en Latinoamérica y específicamente en Costa Rica, podría considerarse tabú, así que sí, en Costa Rica es totalmente novedosa la proposición de esta investigación.

En el año 1973, el jurista Cuneo Machiavello fue expositor en la conferencia llamada “Sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo” y llevada a cabo en Perú, en la cual manifestó ciertos argumentos que merecen recordarse y analizar para aclarar la temática. Según Cuneo la enseñanza del Derecho es un proceso pedagógico, por lo que utilizando un método interdisciplinario decide analizar la enseñanza del Derecho, a partir de la pedagogía.¹⁸⁴

Cuneo indica que la enseñanza del Derecho no se diferencia de la enseñanza elemental o la enseñanza de cualquier otra ciencia o profesión desde el punto de vista pedagógico. Todo proceso educativo supone cinco factores o aspectos distintos: “a. definir los objetivos, b. seleccionar los contenidos, c. decidir sobre los métodos de enseñanza, d. la enseñanza misma y e. la medición de los resultados.”¹⁸⁵

El cómo enseñar es preguntarse por los métodos de enseñanza y la enseñanza misma del Derecho. Según el expositor, es imposible abordar el tema del cómo enseñar sin pronunciarse sobre el para qué enseñar, sin embargo, ¿Es esto realmente cierto? si se pregunta el para qué, de qué se está hablando, puede algo servir sin conocer lo que es, se puede llegar a preguntar sobre el para qué de algo sin preguntarse primero el qué. Se puede decir que no, puesto que el qué funciona como premisa primaria para obtener en un razonamiento lógico

¹⁸⁴ CUNEO MACHIAVELLO, A. (1975). Cómo enseñar. El problema de los métodos en la enseñanza jurídica. II CONFERENCIA SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perugraph editores s.a. Perú, p.:135.

¹⁸⁵ Ibidem.

un resultado, que en este caso sería el para qué. De hecho, Cuneo prosigue diciendo que también hay que preguntarse sobre el qué enseñar, sin embargo, de manera tal vez formalista dirían algunos, parece que el hilo conductual del razonamiento fue mal planteado, puesto que primero sería necesario preguntarse el qué, y del qué, pueden surgir mil otros cuestionamientos.¹⁸⁶

Siguiendo la argumentación de Cuneo, continúa acentuando que la cuestión de su ponencia o investigación versa sobre los métodos o actividades para la enseñanza del Derecho y no sobre el contenido del Derecho, sin embargo, menciona que se limitará a señalar en la primera sección, a manera de introducción, cuáles son los presupuestos del Derecho en cuanto a objetivos y contenidos. Con esto pareciera que resta importancia a su introducción, aunque igualmente no puede prescindir de la misma, ya que podría optar por realizar una introducción sobre las bases constituyentes de la pedagogía, ya que expone su interés de hacer un estudio sobre meramente la enseñanza, o incluso podría hacer una introducción sobre la epistemología, si considera que es la base fundamental para el desarrollo del tema de las metodologías de enseñanza del Derecho, pero no lo hace, sino que opta por una introducción sobre objetivos y contenido de la enseñanza del Derecho.¹⁸⁷

Asimismo, menciona que le será necesario analizar los diversos métodos que se aplican o son aplicables a la enseñanza jurídica, para luego entrar al tema de la relación de los métodos con la concepción jurídica que se enseña; es decir, admite la necesidad de hablar

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.: 136.

de una concepción jurídica elegida por una escuela, para analizar los métodos de enseñanza de la misma.¹⁸⁸

Según Cuneo los objetivos de la enseñanza del Derecho responden a política educacional, y usualmente se pueden percibir tres tipos de objetivos de acuerdo con los documentos que emiten las escuelas de Derecho al crearse, y estos son: 1. Ser un centro de enseñanza superior humanista, formadora de una élite que no ejercerá necesariamente la profesión jurídica; 2. Ser el centro de formación de los profesionales del Derecho o abogados; y 3. Al menos teóricamente, cultivar la ciencia jurídica y formar a los académicos, investigadores o docentes del Derecho.¹⁸⁹

La primera de las finalidades ha tendido a desaparecer, mientras las otras subsisten y hacen de las escuelas de Derecho unidades simultáneamente profesionales y científicas en la práctica, no obstante, menciona el ponente, que predomina como objetivo principal el “profesional”. Se supone, pues, que la escuela de Derecho enseña y cultiva la ciencia y la profesión jurídica. Esto plantea el problema en una doble perspectiva: exige pronunciarse sobre el contenido del derecho como ciencia y como profesión y sobre los métodos aplicables a ambas (en el caso de considerarlas diversas). Es decir, sus fines de enseñanza delimitan sus métodos de enseñanza; los fines de qué, del objeto de estudio en la escuela de enseñanza.¹⁹⁰

De lo anterior, es importante resaltar la necesidad de ver el contenido del Derecho, para luego valorar cuál es el método aplicable para lograr el objetivo; que es formar al estudiante en cuanto al contenido del Derecho que se tiene, ya sea profesional o científico,

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem, p.: 137.

dos perspectivas del Derecho que Cuneo diferencia (igualmente tratando de evadir hablar de corrientes filosóficas del Derecho).¹⁹¹

Posteriormente, como parte de su introducción y como el ponente lo dijo anteriormente, iba a determinar su concepción del Derecho, lo que parece una decisión fascinante, pero no analiza las diferentes concepciones del Derecho conocidas que se podían identificar en el momento de su exposición, como dijo que iba a hacer, y los métodos aplicables a cada concepción; sino que solo menciona su concepción del Derecho. Esto con el fin de continuar con su exposición autónoma y específica sobre la pedagogía del Derecho.

192

Lo anterior es interesante ya que es el marco filosófico que encierra su discurso, permite a los oyentes, ubicarse en un plano; un ejemplo sería decir en una exposición: -voy a hablar sobre la figura jurídica del aborto en Costa Rica, pero antes de iniciar, les digo que soy cristiana y por ende creo que la Biblia es el libro escrito por enviados de Dios, inspirados simultáneamente por la voz de Dios y el Espíritu Santo. Es decir, una simple y corta afirmación como esta, ubica a los oyentes en un marco conceptual, en un marco teórico y más interesante aun, en todo un marco filosófico.¹⁹³

Entonces, Cuneo menciona que “*en mi concepto*” el Derecho tiene un objeto de conocimiento de carácter complejo: por un lado está constituido por normas, por otro por valores, y finalmente, por hechos que se dan en el tiempo y en el espacio. Por ello, para una aproximación global al Derecho se precisa del método filosófico (filosofía del Derecho), del

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Ibidem.

método dogmático (dogmática jurídica), de las ciencias sociales (historia y sociología jurídicas principalmente) y de la práctica jurídica.¹⁹⁴

Si bien Cuneo no dice: “la corriente filosófica a la que me inclino es la...”, con solo establecer como su marco teórico del Derecho, que este se constituye por normas, valores y hechos físico-temporales, se puede apreciar que Cuneo toma como presupuesto un Derecho no formalista, no es tajante al decir que el Derecho solo es constituido por la norma, y ese es el objeto de estudio del Derecho como lo proponía Kant. Y después de delimitar su concepción del Derecho, indica los métodos de estudio de “esto” que considera Derecho, los medios útiles y más convenientes para llegar a conocer esto que denominó Derecho.¹⁹⁵

Posteriormente, Cuneo expone ciertos métodos utilizados típicamente en la enseñanza del Derecho, sus diferencias, y sus relaciones con el sistema jurídico predominante del país, ya sea *common law* o greco romano. Sin embargo, finaliza argumentando que si bien existe una necesaria conexión entre el objeto de un “saber” y el método de investigación, ya que serán métodos adecuados solo aquellos que convengan con la entidad, el objeto o el carácter de la ciencia, el problema no es necesariamente el mismo tratándose de los métodos de enseñanza.¹⁹⁶

El llamado método activo se ha ligado a una nueva concepción acerca del Derecho, no muy definida pero calificada de más dinámica, más creadora, menos positivista. Según Cuneo un cambio en el método, no trae automáticamente un cambio en la concepción jurídica; así, es perfectamente posible inculcar un método exegético a través de la enseñanza

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Ibidem, p.138.

¹⁹⁶ Ibidem, p.139.

activa, y por el contrario puede transmitirse una concepción historicista o sociológica del Derecho por medio de clases magistrales.¹⁹⁷

A pesar de esta afirmación, definitivamente no compatible y totalmente contraria a la propuesta de esta investigación, Cuneo continúa diciendo que sí hay un aspecto de conexión necesaria: sería el caso de concebir el Derecho como algo dado, que en cuanto dado es inmutable (concepción dogmática), será necesario llegar a la solución verdadera, matemáticamente exacta y también inmutable; por lo que la solución solo podrá venir del profesor, que es quien “sabe” en la clase, método usualmente relacionado con la clase magistral, en la que el profesor es el que “conoce” e imparte conocimiento. De allí que por muy activa o movida que sea la participación de los alumnos siempre tendrá que haber un “momento de verdad” en que el profesor da su propia solución. Según Cuneo esto es lo esencial de la clase magistral, y no lo es la característica de exposición ininterrumpida del profesor.¹⁹⁸

El método activo de enseñanza se presenta como un pre-requisito para abandonar una concepción dogmática del Derecho –reconociendo aún que incluso se puede enseñar activamente un método dogmático-, pero por ello mismo no constituye una garantía del cambio. La renovación en los métodos de enseñanza que se observa en el campo jurídico en América latina es un progreso pedagógico que permite operar un cambio respecto de las concepciones jurídicas tradicionales, pero que no constituyen por sí mismos ese cambio.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Ibidem, pp.140-142.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ibidem.

Entonces, se puede entender de lo expuesto por Cuneo, que el proceso pedagógico es independiente de la concepción del Derecho que se tenga, y que es algo que se puede ratificar, como mencionaba Cuneo, el cambio en un método no implica necesariamente un cambio en el pensamiento de los juristas y su concepción del Derecho, pero sí permite el desarrollo de los elementos que rodean a un jurista. Como todo proceso sociológico, no sucede de la noche a la mañana, los cambios en los medios, poco a poco llevan a un cambio en los pensamientos de los sujetos inmersos en este fenómeno, en este caso la enseñanza del Derecho, en que los sujetos son, los profesores, estudiantes y administrativos.

Por este motivo, si bien la hipótesis objetivista de Cuneo no es amigable con la hipótesis que sigue esta investigación, igualmente sirve para demostrar la incoherencia de un positivista como Cuneo, que si bien admite el juego de lo que él llama “política educativa”, concepciones del Derecho y los métodos de enseñanza relativos a cada concepción, finaliza concluyendo que los métodos de enseñanza no están determinados por una concepción jurídica, sino que son de carácter estrictamente pedagógico.

El problema se encuentra en pensar que cada rama del conocimiento está clasificada de manera natural, incluso las ramas de estudio social, como la docencia y pedagogía, pero es una rama del conocimiento que no de manera natural está separada de las demás ramas de estudio social, sino que todas están relacionadas y se complementan. De hecho, Cuneo acepta y manifiesta que solo una vez que se haya logrado determinar los objetivos generales y específicos en la enseñanza jurídica se podrá resolver el problema del contenido y los métodos (o instrumentos pedagógicos) con que se tratará de conseguir esos objetivos.

Por otro lado, está la posición de los filósofos especializados en la epistemología. Quienes definen su área de pensamiento como aquella que estudia las cosas en su esencia y en sus causas, esto quiere decir que no piensa en el conocimiento ya producido y lo que se tiene ahora, sino cómo se llegó a obtener ese conocimiento, se pregunta por el “proceso”.²⁰⁰

Menciona Jaramillo Echeverri en su artículo sobre *¿qué es la epistemología?*, que *la epistemología es una rama de la filosofía. Procura los elementos que procuran la adquisición de conocimiento, investiga los fundamentos, límites, métodos*²⁰¹, entre otros. Con los elementos o fundamentos que procuran la adquisición de conocimientos, se refiere a todo elemento, esto incluye las vivencias de la persona en su vida.

Esto quiere decir que cuando se hable de epistemología, no se trata solo de métodos de manera objetiva y estricta, sino que será necesario preguntarse sobre los fundamentos del estudio de la cosa, qué motiva y llevó a estudiar el objeto, en este caso el Derecho, además de los fundamentos que han llevado a desarrollar esta manera como una rama del conocimiento separada.

La epistemología, como toda rama del conocimiento, se ha visto afectada o ha cambiado con el transcurso del tiempo y el contexto social en el que se ha desarrollado este conocimiento. Si bien inicialmente se consideró como el estudio de los métodos que llevaron a obtener el conocimiento, y se recomendaba que fueran ciertos métodos con el fin de obtener un mismo resultado, siempre que se aplicara el mismo procedimiento. Con el tiempo se consideró que había otros elementos que también afectaban la producción de conocimiento,

²⁰⁰ JARAMILLO ECHEVERRI, L.G. (2003). *¿Qué es la epistemología?* Cinta de Moebio, n°18. Red AL y C, la hemeroteca científica en línea, p. 4. Chile.

²⁰¹ *Ibidem*.

entonces se incluyen los factores externos, como la sociedad y cómo su actividad influye en una investigación.

Jaramillo Echeverri en su pequeño artículo introductorio a la epistemología cita a Ricci, quien manifestó:

La epistemología es a mi criterio, ese punto de vista desde el cual me relaciono con las cosas, con los fenómenos, con los hombres y eventualmente con lo trascendente. Esto, que se produce en el ámbito personal y cotidiano, también ocurre en el ámbito científico, donde proliferan distintas corrientes y sistemas de pensamiento que resultan ser, en definitiva, formas de ver el mundo... Podríamos comparar la Epistemología con un mirador u observatorio de la realidad que, con lentes más o menos agudos, la miran críticamente, dándose cuenta que no se halla fuera de ella, sino contribuyendo a constituir la; es decir, no es meramente un proceso de observación, sino una participación activa en el hecho o fenómeno estudiado.²⁰²

Esto fue dicho por Ricci en el año 1999, en un momento de crisis del positivismo, época de la historia que como se mencionó anteriormente en esta investigación, no es la denominación de una corriente filosófica del Derecho *per se*, sino que se le llamó así al desarrollo filosófico y teórico que surgió en el momento histórico de la humanidad denominada “positivismo” o “racionalismo científico”, caracterizada por un amor a la razón de manera un tanto delirante; que evidentemente dejó muchísimo conocimiento y avance a nivel intelectual, pero que ya a finales del siglo XX se detectó la imperfección del modelo o discurso, que se mantenía sobre la ciencia aplicada a cualquier ámbito de la vida.

²⁰² *Ibidem*, p.:5.

Es así como aquellos amantes del positivismo tuvieron que reforzar o replantearse sus ideas, lo que los llevó a lo que hoy se llama un post –modernismo, o post-positivismo, que es la aceptación de parte del “científico” o investigador de que hay otros factores que alteran el resultado de una investigación, o que ayudan a crear el “objeto” de estudio, todo esto sin dejar de lado que al igual que todo, estos nuevos factores por tomar en cuenta, son estudiables o investigables sin necesidad de perder la “razón”, virtud “únicamente” humana; es decir, aun estos factores son estudiables de manera objetiva.

La epistemología ha tenido un impacto a niveles exorbitantes, no solo en las ciencias exactas sino que también en las ciencias sociales y la docencia. Razón por la cual se hará uso de la epistemología de la docencia, como último argumento introductorio a este capítulo de investigación; ya que que es necesario establecer, porque si bien hay una nueva corriente gremial en Costa Rica (incluso se podría hablar en términos regionales como Centroamérica), que desea separar la filosofía del Derecho de la pedagogía, en la enseñanza del Derecho; aun así la temática de esta investigación es válida, incluso a partir de argumentos ofrecidos por la epistemología de la educación y la epistemología en sí misma.

Menciona Aldana de Becerra en su artículo *Enseñanza de la investigación y epistemología de los docentes*, publicado en la revista Educación y Educadores de Colombia, que la epistemología ha tenido gran influencia en los procesos de enseñanza y aprendizaje, razón por la cual se han dedicado a estudiar las diferentes concepciones epistemológicas que ha habido a través de la historia y su incidencia en los cambios de los procesos de enseñanza.²⁰³

²⁰³ ALDANA DE BECERRA, G.M. (2008). Enseñanza de la investigación y epistemología de los docentes. EDUCACIÓN Y EDUCADORES, V. 11, N° 2, p.: 62. Colombia.

Según la autora, cada profesor mantiene, *de manera implícita o explícita, unos principios, unas reglas de funcionamiento propias y unas referencias específicas acerca de la naturaleza, del conocimiento, del aprendizaje, de las condiciones de validez, de la posibilidad de conocer en general y de su propio conocimiento en particular.*²⁰⁴ Indica que también tienen concepciones y creencias sobre la materia que imparten, que se ha construido a partir de las vivencias, formación académica, entre otros factores psicológicos, antropológicos, sociales, políticos, ideológicos, etc.²⁰⁵

Aparte de esto, los docentes universitarios, al enseñar, hacen uso la mayor parte de las veces del modelo de enseñanza con que fueron formados, y el enfoque epistemológico que subyace a su disciplina. Para entender esto Aldana de Becerra define “concepciones epistemológicas” como representaciones de la realidad que guían el pensamiento. Estas tienden a permanecer incluso ante contradicciones lógicas y crean un filtro interpretativo de los fenómenos y la información que procesa.²⁰⁶

Siguiendo la línea de Aldana de Becerra, la epistemología se ha concebido de dos maneras, una *tradicional* y otra *local y contextualizada*. La primera se considera unívoca y universal, era la mantenida en la modernidad, y la segunda reconoce las creencias particulares intrínsecas a la producción de un saber, no pretende ser universal ni permanente; su auge se da en la post-modernidad. Menciona la autora que en la post modernidad se deja a un lado el énfasis en el método, y se presta atención al “objeto” de estudio, se valida la intersubjetividad y se reconoce al sujeto como constructor de sus representaciones.²⁰⁷

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

La postura moderna o tradicional de la epistemología surge con el racionalismo científico y el modelo económico del capitalismo, por lo que se buscaba una enseñanza transmisionista conductista, moldear de manera meticulosa la conducta productiva de los individuos, usando métodos como el control de objetivos instruccionales. Se le identifica con el período del positivismo, basado en adoptar como válido para todas las ciencias el método científico, el investigador no interfiere con su objeto de estudio, la ciencia avanza inductivamente por acumulación de verdades objetivas, de lo observable e inmediato, hechos naturales y sociales.²⁰⁸ Menciona la autora que:

... esta es una visión absolutista y dogmática del conocimiento científico, y da lugar a la enseñanza basada en la transmisión de conocimientos, enseñanza inductiva, lógica de la disciplina científica y en los contenidos de las asignaturas, ignora los procesos de aprendizaje. (...) busca enseñar a partir de la acumulación y sistematización de una serie de datos orientados a observar, describir y controlar las operaciones del profesor, formalizando un modelo, se busca un sujeto ideal, profesor ideal.²⁰⁹

Por otro lado, la postura epistemológica de la post-modernidad admite que el conocimiento es relativo. Se buscan procesos, soluciones alternativas y divergentes, más que un resultado previsto. Se privilegia el objeto de estudio antes que el método, las teorías dejan de ser reflejo de la realidad sino se consideran construcciones del sujeto individual o colectivo, en contexto histórico y cultural.²¹⁰

La ciencia se ve modificada por nuevos marcos conceptuales y nuevas estrategias de conocer; el conocimiento según los post-modernos se sustenta en un paradigma vigente, que

²⁰⁸ Ibidem, p.: 63.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

surge del estudio de la vida, y la objetividad no se sustenta en la concordancia del conocimiento obtenido y el objeto de estudio, sino en la intersubjetividad que haya sobre el conocimiento construido, partiendo de la crítica y la reflexión; entonces el conocimiento es el resultado de un proceso de construcción y reconstrucción de la realidad, que se da por la interacción de las personas.²¹¹

A partir de esta nueva concepción de la epistemología, surgen tipos de enseñanza y aprendizaje, como el aprendizaje significativo que toma en consideración los conceptos e ideas previas del estudiante, para diseñar un método de enseñanza; el aprendizaje a partir de problemas, que busca que el estudiante aprenda a aprender, también el aprendizaje por descubrimiento, que busca que el estudiante ejerza un pensamiento crítico.²¹²

El autor menciona que si se quiere hacer un cambio didáctico en la enseñanza, es necesario tener en consideración la epistemología del docente, ya que investigaciones en torno al pensamiento del docente han concluido que la forma de pensar del docente parece, de alguna manera, aunque no exclusivamente, guiar o dirigir su práctica profesional. La concepción del docente sobre su asignatura, tiene que cambiar, y aumentar sus conocimientos de pedagogía, pero elemental es el cambio de su concepción de la asignatura, porque solo cambiando las ideas se puede modificar de manera sustantiva la práctica y obtener resultados cualitativamente diferentes.²¹³

A partir de lo expuesto anteriormente se puede identificar la íntima relación entre epistemología, los métodos de enseñanza y el fondo o la sustancia de estudio, el objeto

²¹¹ Ibidem, p.: 64.

²¹² Ibidem.

²¹³ Ibidem, p.:65.

investigado o estudiado. Para hacer un cambio en la metodología de enseñanza y los métodos utilizados por los profesores, no es una cuestión que se pueda realizar haciendo a un lado las concepciones humanas de su objeto de estudio, las posturas, que terminan siendo posturas filosóficas acerca de lo que enseñan, de lo que estudian. Si bien antes se consideró que sí se podía hacer una separación entre fondo y forma, a partir de la postmodernidad se identificó la necesidad de considerar las bases, fundamentos epistemológicos; que si se recuerda que la epistemología es una rama de la filosofía, termina siendo parte de un estudio filosófico del objeto de estudio.

Si bien sí se puede hacer un estudio epistemológico sobre los métodos de estudios utilizados en el Derecho, esto de manera necesaria llevará a preguntarse por el pensamiento que dio origen al método utilizado, es decir, la corriente filosófica del Derecho seguida por la academia o el profesor. Decir que al hablar de los métodos y la metodología utilizada en la enseñanza del Derecho de la facultad de Derecho, es hablar de epistemología únicamente, no es necesario entrar a discutir contenidos de enseñanza, ni fundamentos sustanciales, sería partir de un posicionamiento epistemológico (y filosófico) tradicional y positivista, que es posible y respetable, pero esto no invalida los estudios que parten desde otro posicionamiento epistemológico. Razón por la cual esta investigación se aboca a analizar y explicar la influencia de la postura o concepción filosófica, los fundamentos filosóficos de la facultad de Derecho, y cómo estos influyen en la enseñanza del Derecho y por ende en la sociedad costarricense.

Para finalizar esta delimitación y fundamentación sobre la posición en esta investigación, se cita al filósofo de esta universidad (Universidad de Costa Rica), adscrito a

la escuela de filosofía, quien manifestó brevemente en un artículo de opinión en el Semanario Universidad:

La epistemología tiene la función, entre otras, de servir de fundamento en la construcción del conocimiento científico o de cualquier otro conocimiento que pretenda tener validez universal. Persigue evidenciar el lábil marco epistémico de algunas disciplinas que pretenden legitimar su discurso como único y verdadero. (...) Cuando en nombre de un determinado saber se pretende legitimar un discurso como verdadero e incuestionable, estamos en presencia de una “autolegitimación epistemológica”. Esto es frecuente en aquellos discursos aún positivistas, pese a que tanta agua epistémica ha corrido, evidenciando las falacias de tal pretensión.²¹⁴

Partiendo de esta relación lógica como premisa básica, para llegar a solventar la problemática planteada, es decir, para llegar a obtener una posible respuesta al cuestionamiento de cuál es el posicionamiento filosófico, o la concepción del Derecho, en la que se basa la enseñanza del Derecho en la Universidad de Costa Rica, específicamente en la facultad de Derecho, se iniciará identificando las corrientes filosóficas del Derecho en “boga”, es decir, aquellas a las que se adhieren las escuelas de Derecho alrededor del mundo desde inicios de siglo XXI hasta la actualidad, puesto que partir del momento en el que se inicia a concebir el Derecho como el conjunto denominado “Derecho” sería un estudio exhaustivo, redundante y que podría generar aburrimiento desde principios de lectura.

Otra razón para elegir estudiar solamente ciertas corrientes filosóficas y no todas, es la alta probabilidad de que la facultad de Derecho en la Universidad de Costa Rica no se

²¹⁴ CASASOLA, W. (2013). *El consentimiento informado desde un punto de vista ético*. Semanario Universidad, Universidad de Costa Rica. Visto en: <https://semanariouniversidad.com/opinion/el-consentimiento-informado-desde-un-punto-de-vista-tico/>

adhiera a estas previas y antiguas, puesto que si bien sería abrupto decir que están superadas u obsoletas, sí es pertinente decir que es poco probable que se adhiera a las mismas por una cuestión de fuerzas sociales externas, en otras palabras, adherirse a una corriente del Derecho a la que en la actualidad casi nadie proclama ser adepto, sería como vulgarmente se dice “nadar contra la corriente”, no adherirse a las posiciones con mayor legitimidad social siempre va a tornarse complicado por el rechazo social que se puede manifestar de muchas maneras, como mala publicidad, lo que llevaría a una escasez de matrícula, por ende, consecuencias económicas, consecuencias de “popularidad” en el gremio, críticas en los medios publicitarios, en fin, son múltiples las consecuencias; razón por la cual es probable que una facultad de enseñanza del Derecho en la actualidad opte por una enseñanza con cierta y mínima aprobación social y gremial, incluso a nivel internacional, con esto se quiere decir que adherirse a una corriente contraproducente al sistema internacional, de derechos humanos y la economía internacional, igualmente tendría un rechazo y consecuencias de niveles exorbitantes.

Pero, cuáles son esas corrientes “populares” o en “boga” en la actualidad, a partir del siglo XXI, después de haber sido firmada de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, la búsqueda de protección de las libertades del ser humano por parte de los Estados y la búsqueda de la propagación a nivel mundial del sistema político que al momento parecía el “menos malo”, la democracia.

Las corrientes filosóficas a partir de este momento son el positivismo y el realismo jurídico. El positivismo se puede dividir en positivismo clásico, positivismo analítico y el neopositivismo, de estos el que se ha desarrollado a partir del siglo XXI es el último, el neo positivismo, sin embargo, esto no elimina la posibilidad de que hayan escuelas del Derecho

(haciendo referencia en este caso al recinto de enseñanza, no la concepción del Derecho) que se adhieran actualmente a corrientes o movimientos jurídicos de mayor antigüedad, siendo conservadores a la idea de un cambio en la visión del Derecho, razón por la cual para hablar de la última y más reciente manifestación del positivismo, es necesario hablar de la escuela originaria, que es el positivismo clásico, hasta llegar al surgimiento del neopositivismo o neoconstitucionalismo.

Con respecto al realismo jurídico, también ha tenido divisiones, como lo son el realismo jurídico (tiene sus orígenes en Europa, con la escuela escandinava y la histórica del Derecho), los estudios críticos del Derecho (corriente con origen en Estados Unidos), y por último, la corriente sociológica del Derecho.

SECCIÓN I. METODOLOGÍAS DE ENSEÑANZA JURÍDICA DE ACUERDO CON LA ESCUELA DEL DERECHO SEGUIDA.

A. POSITIVISMO JURÍDICO

Positivismo se le ha denominado a una época histórica contemporánea a la Ilustración, en la que se busca la razón humana como el centro de todo desarrollo científico o explicación del universo, por lo tanto buscar un significado de positivismo jurídico es inútil, ya que es simplemente un nombre asignado debido al momento en el tiempo que se desarrolló el pensamiento. Sin embargo, muchos juristas trataron de explicar el positivismo jurídico como si el mismo tuviera una sola definición, una sola concepción y determinadas características. Esto les creó un “caos” teórico, puesto que diferentes pensadores que se autodenominaban positivistas, explicaban el Derecho y sus elementos de diferente manera, unos con más elementos que otros.

En esta investigación, por fines didácticos, se entenderá el positivismo más que una teoría del Derecho, ya que como se explicó, hay diferencias en todas aquellas que se autodenominan positivismo; se entenderá el positivismo como una época histórica que dará como resultado, que las concepciones filosóficas del Derecho desarrolladas en tal momento tomen el nombre de positivismo jurídico, mismas que ciertamente coinciden en algunos aspectos teóricos, por la tendencia filosófica del momento histórico, la búsqueda de un científicismo en toda área de conocimiento, y esto asimismo las diferencia de la corriente filosófica que las precedió, el naturalismo jurídico.

De hecho, surge como acto insurgente frente a los gobiernos y el funcionamiento político jurídico encuadrados en el pensamiento naturalista, es decir, aquella idea de un ser soberano que guiaba y elegía a los gobernantes, aquellos predilectos por sus características especiales, que podían entender y descifrar los juicios y valores divinos para guiar a la sociedad.

Cronológicamente, se podría mencionar el primer resabio de pensamiento positivista, a partir del siglo XIX, en diferentes países; en Francia con la instauración del código napoleónico, en Alemania en esta época buscaban instaurar un código civil como el francés, y en Inglaterra igualmente se busca la razón como la única creadora de la norma.

Los juristas franceses de esta época basaron su conocimiento en el estudio del código civil y en su enseñanza. Se le criticó posteriormente el hecho de crear un conjunto de abstracciones, que en la época del auge científico se veía de mal modo, el hecho de basar su estudio en puro pensamiento.²¹⁵

²¹⁵ HALPÉRIN, Jean-Louis. (2003). Exegesis (School). Ibid, p. 266.

Al método de estudio y enseñanza utilizado por estos juristas se le ha denominado exegético, caracterizado según Bonnecase, *por el culto al texto de la ley, el predominio de la investigación de la voluntad o intención del legislador, su carácter profundamente estatalista, el recurso ilógico y paradójico a la noción del derecho y la fuerza del argumento de autoridad.*²¹⁶

Un defensor de la objetividad de esta metodología fue Philippe Rémy en 1985, quien manifestaba que no podía considerarse una corriente o movimiento simplemente de juristas, puesto que los dedicados al desarrollo de este método jurídico fueron juristas todos con diferentes pensamientos políticos, divergentes en sus posicionamientos filosóficos, pero que lógicamente coincidían en la interpretación de las normas.²¹⁷ Sin embargo, esto implícitamente manifestaba la aceptación de Rémy de la influencia que puede llegar a tener el posicionamiento ideológico del jurista.

El método exegético fue utilizado por los comentaristas del código civil para su enseñanza en la academia, para que los futuros aplicadores del Derecho supieran memorísticamente qué interpretar de la norma, o qué leer exactamente. A inicios del siglo XIX, en Francia, se estudiaron los trabajos preparatorios del código y tratados sobre el espíritu del código de Napoleón, tratados sobre sucesiones, donaciones, filiación natural, entre otras. Además de libros sobre jurisprudencia que eran como diccionarios jurídicos. La idea era seguir un plan sistemático de estudio del código de Napoleón, entonces los profesores se dividían los capítulos del código para su enseñanza.²¹⁸

²¹⁶ Ibidem, p.: 267.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ Ibidem, p.: 269.

Menciona Halperin que la evolución de esta Escuela del Derecho está vinculada estrechamente con el desarrollo de la enseñanza del Derecho, es decir, el crecimiento de los tratados siempre tenía el fin de la enseñanza del derecho y la formación de nuevos juristas.²¹⁹

La historia de la Exégesis está vinculada, sin ninguna duda, a la enseñanza del derecho según había sido organizada a partir de 1804. La ley del 22 ventoso del año 12 (13 de marzo de 1804) y el decreto del cuarto día complementario del año 12 (21 de septiembre de 1804), prescribieron el estudio del derecho civil francés “en el orden establecido por el Código Civil” a lo largo de tres años en la forma de lecciones que comprendían en particular el dictado de los textos, esto es, los artículos del código, seguido de las explicaciones verbales del profesor.²²⁰

Otro aspecto importante de su metodología, comenta Halperin, es que si bien hubo algunos juristas que escribieron sobre técnicas de interpretación en caso de silencio de la ley o vacíos, debía recurrirse a los actos legislativos o usos contractuales; y posteriormente se declaró la primacía de la ley, surge la codificación con la Revolución Francesa, por lo que debía acudir a la combinación de códigos y buscar la voluntad del legislador.²²¹

Esta escuela se caracterizó por el uso de métodos interpretativos literales o gramaticales; sin embargo, en Alemania, años después, se desarrolla la Escuela Histórica del Derecho, que influenció a los juristas franceses, por lo que empiezan a combinar metodologías, tomando la historia como base del Derecho, ampliando la interpretación exegética, puesto que hacían uso de la jurisprudencia para interpretar los códigos.²²²

²¹⁹ Ibidem, p.: 270.

²²⁰ Ibidem, p.: 271.

²²¹ Ibidem.

²²² Ibidem, p.:272.

En esta época fue de gran utilidad el argumento de autoridad, ya que si bien existían divergencias en las interpretaciones de la ley, todos estaban de acuerdo con ser fieles a la ley.

²²³ Esta Escuela es una transición entre el naturalismo clásico y el positivismo jurídico, por lo que se evidencia la búsqueda de Derecho Natural como la voluntad del legislador a través de la norma. Los juristas que se adhirieron a esta corriente filosófica del Derecho manifestaban la existencia de principios absolutos e inmutables, como Aubry y Rau, quienes creían que el código napoleónico había absorbido el derecho natural.²²⁴

Asimismo se consideraba el Derecho igual al código civil, hablar de uno era hablar del otro, eran lo mismo, su forma de explicar el Derecho o el código era con base en el mismo código, ¿qué es el Derecho? es Derecho, incluso se llegó a decir que no se conocía el Derecho, se conoce el Código Civil y eso es lo que se enseña. Parte del método de enseñanza del Derecho era el uso de la glosa medieval.²²⁵

Mientras tanto, en otro lado del mundo, Alemania anhelaba contar con un Código Civil como el de los franceses, razón por la cual el movimiento positivista no se puede describir a la perfección como una corriente insurgente formada a partir del siglo XIX, como sí se puede identificar en Francia. Lo que se puede encontrar en Alemania en esta época, son críticas variadas al iusnaturalismo, mas no una crítica y cambio de pensamiento consolidado como sí se puede apreciar con la Exégesis en Francia. En Alemania se seguía viviendo bajo un sistema jurisprudencial y de costumbres.²²⁶

²²³ *Ibidem*, p.: 273.

²²⁴ *Ibidem*, p.: 275.

²²⁵ *Ibidem*, p.:276.

²²⁶ RODRIGUEZ PUERTO, M. (2014) ¿Un capítulo del triunfo del Estado? el primer positivismo jurídico alemán y la centralización del Derecho. *Persona y Derecho*, vol. 70, pp. 115-146. Universidad de Cádiz, España.(P. 132)

En esta misma época, también originarios del positivismo jurídico pero en Alemania, a diferencia de Francia, tienen su consolidación a partir del siglo XX, pero hubo en el siglo XIX muchos críticos del naturalismo jurídico, aunque no coordinados en cuanto a un método de enseñanza del Derecho.

Entre los críticos de transición alemanes, aquellos que consideran la razón como idea fundamental del sistema jurídico, se puede mencionar a Gustav Hugo, quien manifestaba que la base de la norma y la ley era racional, era una capacidad natural del legislador, y por ende, no había que buscar más fundamentos metafísicos, sobre la consolidación del poder y su carácter sagrado, sino que existe un proceso natural e histórico racional, y por eso es justo, el legislador al ser racional, ejerce su tarea legislativa de manera objetiva, ya que las normas se basan en hechos naturales²²⁷, y *aquello en lo que millones de personas están de acuerdo y consideran correcto no puede ser completamente contrario a la razón.*²²⁸

Paul Johann Anselm Feuerbach, otro filósofo de transición, en el siglo XIX Alemania, con una tendencia más contractualista que historicista, a diferencia de Hugo, consideraba que el “hombre” conoce sus derechos gracias a la razón y obtiene obligaciones por ley escrita, no por ser justa, sino por ser ley escrita, no hay nada superior a la ley, y el juez debe aplicarla “tal cual” ya que tiene su propia filosofía implantada, el juez no puede dejarse llevar por sus propias filosofías.

Justus F. Thibaut forma parte igualmente de estos críticos de transición, quien consideró que lo que ocupaba el Derecho era una tendencia más científica, la legislación no tiene que ser necesariamente irracional y arbitraria, sino que debe ser guiada por principios

²²⁷ ibídem, p. 122.

²²⁸ ibídem, p. 128.

filosóficos, como el bienestar humano, y eso es lo que hace el legislador racionalmente al crear la norma.²²⁹

Posteriormente, a mitad del siglo XIX en Alemania se desarrolla la Escuela Histórica del Derecho, cuyo propulsor fue Friedrich Carl von Savigny; esta filosofía del Derecho negó la existencia del Derecho fuera del derecho positivo y planteó el estudio del Derecho a partir de una metodología científica social, es decir, por medio del método histórico.²³⁰

En Inglaterra, igualmente se dio un cambio a nivel filosófico; entre sus mayores exponentes se encuentra Jeremy Bentham y John Austin, fundadores de lo que se llamó la Escuela Analítica de Gran Bretaña en el siglo XIX. Estos filósofos del Derecho optan también por seguir una concepción del derecho separatista en cuanto al Derecho y la moral.

Bentham, conocido por el desarrollo de su teoría del utilitarismo, expone su carácter positivista explicando cómo el mejor sistema jurídico de una sociedad libre es aquel creado por el soberano, quien de manera racional busca el mayor bien para la mayor parte de personas; además, para conseguir un buen funcionamiento del sistema, la parte judicial no puede tomar potestades legislativas a la hora de aplicar las normas, sino solo aplicarlas, no puede utilizar un razonamiento jurídico evaluativo, ni realizar una valoración moral en su decisión. Ahora, en casos difíciles, sus decisiones solo tienen validez para los sujetos que forman parte de la disputa. Según Bentham, la mejor manera de entender el Derecho es a partir de la norma positivizada.²³¹

²²⁹ Ibidem, p. 135.

²³⁰ Ibidem, p. 141.

²³¹ DYZENHAUS, D. (2004). *The Genealogy of Legal Positivism*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, N° 1, pp. 39-67 (45). Inglaterra.

Según Austin, la teoría legislativa y creación de las normas es diferente a lo que compete el Derecho, en tanto, la primera versa sobre lo que debe ser el Derecho y la segunda lo que realmente es; existe entonces el Derecho prescriptivo y el descriptivo.²³²

Austin como sucesor de Bentham, quien a su vez fue estudioso de Hobbes, critica la tendencia teórica de ambos, que él considera politizada; para Austin, la metodología de estudio del Derecho y su lectura, debe ser en primera instancia libre de prejuicios morales y de valoraciones, debe ser un análisis meramente conceptual; aunque no se ciega ante el hecho de que la actividad judicial puede realizarse de otra manera, y no solo con una interpretación meramente conceptual, pero esto Austin lo considera como una versión de actividad legislativa que hace el juez, en razón de una delegación expresa o tácita del legislador, por lo que no considera sea parte del estudio estricto del Derecho.²³³

(...) En el esquema de Austin, el supuesto de la neutralidad valorativa es un prerequisite básico para tratar los problemas jurídicos; lo que significa que el estudio del Derecho sólo importa en tanto interés cognitivo, con exclusión de los problemas prácticos y políticos del ámbito jurídico. (...) Así, en el planteamiento positivista, toda ciencia debe caracterizarse por el ideal de neutralidad, de rigor y de objetividad.²³⁴

En resumen, según Aguiló Regla, la enseñanza del Derecho según el positivismo clásico, se puede entender de la siguiente manera:

El Derecho se objetiva en las reglas jurídicas; en consecuencia, conocer el Derecho es muy centralmente conocer sus normas, sus reglas. La enseñanza del Derecho, por tanto,

²³² LOPEZ GUTIERREZ, W. (2001). Sobre el objeto de los estudios jurídicos: discusión preliminar. *Convergencia, Revista de ciencias sociales*. Universidad autónoma del estado de México. pp.: 63-64.

²³³ DYZENHAUS, D. (2004). *Ibid*, pp.: 47-48.

²³⁴ LOPEZ GUTIERREZ, W. (2001). *Ibid*.

debe organizarse de manera tal que se garantice que esa transmisión de conocimiento normativo se ha producido. Estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen. Por ello, los estudios de Derecho tradicionalmente han sido memorísticos (cuantas más normas se saben, más Derecho se sabe) e insulares (como se trata de saber normas jurídicas, no entran en contacto ni se entrecruzan con otros estudios). Estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (excluido el ejercicio libre). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc., deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas.²³⁵

Posteriormente, en el siglo XX, se consolida una teoría positivista formal siguiendo lineamientos y el pensamiento expuesto por el filósofo austriaco Hans Kelsen y su “teoría pura del Derecho”.

En su texto “Teoría pura del Derecho”, Kelsen en 1934, (...) afin con su visión del Derecho como un sistema de textos cerrado y jerárquico a partir del cual las leyes, decretos deben ser compatibles o no compatibles con la norma fundamental, señala, por un lado, que el Derecho debe “excluir toda consideración respecto a lo que el Derecho debe o no debe ser” y diferenciarse a la vez, de otros sistemas normativos como los morales y los del derecho natural.²³⁶

Según Kelsen, el Derecho no es más que una norma, por lo que su estudio y por ende su enseñanza deben reducirse a un método formalista y normativo, cualquier otro método o análisis del Derecho que no sea esto, contaminará la norma, este es el único objeto de estudio

²³⁵ AGUILÓ REGLA, J. (2007) Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, nº30, Universidad de Alicante, España. (p. 675)

²³⁶ LOPEZ GUTIERREZ, W. *ibid.*

del Derecho. En la lógica de Kelsen y su exposición de argumentos se logra apreciar su afirmación taxativa y consideración sobre la sociología en cuanto al Derecho, y es que según Kelsen, la sociología tiene su objeto de estudio, mismo que no puede ser estudiado a través del Derecho, al igual que el Derecho tiene su objeto de estudio, que no puede ser estudiado de ninguna manera por otra rama del conocimiento que no sea el Derecho, es decir, la sociología no tiene nada que hacer en el área normativa, en el área del Derecho.²³⁷

De esta posición sumamente formalista del Derecho surgen críticas a Kelsen, aunque hasta el día de hoy sigue siendo considerado una de las grandes mentes del Derecho. Entre sus críticos, se encuentra su propio estudiante, Herbert Lionel Adolpous Hart, filósofo británico, quien igualmente en el siglo XX expone, a partir de las bases desarrolladas por Kelsen, su concepción del Derecho con su famoso escrito “The Concept of Law”, con el que será considerado, por su aporte al Derecho y análisis en esta publicación, como uno de los grandes exponentes del positivismo moderno.

Hart parte de la norma, como objeto del Derecho, así como lo propuso Kelsen, pero busca analizar o completar el vacío de Kelsen a la hora de explicar la validez de la norma originaria o primaria, tomando en consideración el análisis lingüístico del Derecho como lo hizo John Austin, demostrando su adhesión filosófica a la corriente positivista del Derecho, por medio de su metodología de estudio predominante del Derecho, siendo esta una aproximación empírica a la norma, su estudio único y exclusivo a la norma.²³⁸

²³⁷ STEWART, I. (1990). The Critical Legal Science of Hans Kelsen. *Journal of Law and Society*, vol. 17, n°3, pp.: 273-308 (273). Wiley, Cardiff University. Inglaterra.

²³⁸ FARRELL, I.P. (2006). H.L.A. Hart and the methodology of jurisprudence. *Texas Law Review*, vol. 84, pp.: 983-1011 (995). ProQuest Central. Estados Unidos.

Ian Ferrell, profesor en la facultad de Derecho de la Universidad Wollongong, en su artículo sobre Hart y la metodología jurídica, expone y argumenta cómo se puede entrever de la lectura de Hart, tanto en su escrito *The concept of law*, así como la lectura de su *Postscript* en el que se defiende en contra de sus críticas, que el análisis de Hart es meramente conceptual. Ferrell habla del análisis conceptual, en términos de Frank Jackson, diciendo que el análisis conceptual tiene dos características:

- i. Conceptual analysis is “the very business of addressing when and whether a story told in one vocabulary is made true by one told in some allegedly more fundamental vocabulary.”
- ii. Conceptual analysis must “survive the method of possible cases”: the methodology applied should produce an account of the concept that squares with our clear intuitions about the concept.

*(I. El análisis conceptual es “el procedimiento de determinar cuándo y si una historia contada con cierto vocabulario es real contándola con otro vocabulario más sencillo o supuestamente más "fundamental". II. el análisis conceptual debe sobrevivir al método de los casos posibles: la metodología aplicada debe producir una explicación del concepto que cuadre con nuestras intuiciones sobre el concepto.)*²³⁹

Esto quiere decir que el análisis conceptual sirve y es utilizado para brindar una descripción, en un vocabulario primario o fácil, e identifica las diferentes situaciones que cubre el concepto. De lo que se induce que el concepto tiene todo un conjunto de posibles situaciones o significados que puede ser. Ferrell menciona que el análisis conceptual es mayormente usado para delimitar el significado de un concepto, lo que permite entender las

²³⁹ *Ibidem*, p.: 998.

intuiciones a partir de casos claros, y deja relucir lo oscuro en el concepto en su uso ordinario.

240

Ferrell explica la metodología de Hart como un análisis conceptual, lo que ubica a este filósofo como expositor de una concepción positivista del Derecho. Hart intenta darle sentido al Derecho en términos de sus reglas, reglas de facultad, de reconocimiento, de cambio, los puntos de vista interno y externo, enunciados internos y externos, y la validez jurídica; esto permite apreciar la primera característica que explica Jackson del análisis conceptual, que es determinar si una frase con un cierto vocabulario es verificable y cierta, contada utilizando otro vocabulario, más sencillo.²⁴¹

Según Hart: a definition of a word... at one and the same time makes explicit the latent principle which guides our use of a word, and may exhibit relationships between the type of phenomena to which we apply the word and other phenomena. *(Una definición de una palabra... puede al mismo tiempo, hacer explícito el principio latente que nos guiará al uso de dicha palabra, así como puede exhibir relaciones entre el fenómeno al que podemos aplicar la palabra y otros fenómenos).*²⁴²

Finalizando el siglo XX, surge un nuevo movimiento del Derecho, crítico del positivismo, sin embargo, tomando con respeto y consideración toda la base teórica desarrollada por el positivismo, ya que también en esta época surge una corriente crítica al positivismo, pero que pareciera, según los que ahora se denominará post positivistas, es una corriente “extrema” o escéptica del Derecho, quienes a pesar de ser de cierta forma satanizados por el gremio jurídico, en aquel momento, también hizo sus aportes al Derecho

²⁴⁰ Ibidem, p. 998.

²⁴¹ Ibidem, p. 1003.

²⁴² Ibidem, p. 1004.

y planteó un método jurídico, mismo del que se hablará en el siguiente apartado (punto b. realismo jurídico) de esta sección; pero por el momento, de esta época final del siglo XX, solo se hará referencia a los que continuaron con los cimientos positivistas reforzados con el vasto análisis de Hart.

El movimiento que ahora es llamado post positivista o neo constitucionalista del Derecho, surge a partir del análisis del Derecho realizado por Hart, haciendo la calificación de los puntos de vista desde los cuales un jurista puede analizar el Derecho, siendo estos un punto de vista interno y otro externo; además de la explicación de lo que él llamó la regla de reconocimiento. Uno de los primeros y principales críticos de la teoría hartiana es Ronald Dworkin, filósofo estadounidense ²⁴³

Los aportes de Dworkin a la filosofía jurídica se pueden resumir en la puesta en el escenario del Derecho de los principios jurídicos, según Dworkin, el Derecho no solo está compuesto de normas, para su estudio es necesario tener en cuenta los principios jurídicos. Estos no tienen fuente formal de origen, pero son imperativos morales. Los jueces están obligados a aplicar los principios, por lo que ya no cabe la discrecionalidad del juez que había planteado Hart, ni las emociones del juez según lo expuesto por Alf Ross.²⁴⁴

Dworkin critica la tradición positivista de la teoría separatista que se mantenía del Derecho, la separación estricta del Derecho y la moral; según Dworkin los derechos son triunfos políticos, por lo que no se puede considerar al Derecho como solo la norma, sino que es una integridad, aunque a pesar de estas afirmaciones, y el desarrollo de su estudio en cuanto a la adjudicación del juez, mantuvo su adhesión a la idea de que el Derecho y la moral

²⁴³ SHINER, R. *ibid.*

²⁴⁴ *Ibidem.*

son áreas de estudio distintas, la moral de la que habla Dworkin, según él es meramente jurídica, es un compromiso realizado por los juristas, un compromiso con el sistema jurídico que llegó a establecerse por medios democráticos.²⁴⁵

Según el estudio realizado por Sendra Moll, filósofo de la Universidad de Girona, España, sobre la concepción del Derecho de Dworkin como integridad, menciona que la metodología utilizada por Dworkin para su análisis del Derecho evidencia ser pragmática, no sigue los lineamientos de estudio y enseñanza utilizados por la tradición positivista, Dworkin utiliza métodos analíticos y críticos, abarca en su estudio no solo el enfoque a la letra o la norma, sino a la práctica jurídica. Termina proponiendo el Derecho como un concepto interpretativo, y busca enseñar una unión entre las funciones prescriptivas y descriptivas del Derecho, mismas que se tenían separadas por los pensadores clásicos del positivismo jurídico.²⁴⁶

Si bien Dworkin parte de los elementos expuestos por Hart, sobre el punto de vista interno y el punto de vista externo, difiere con Hart en cuanto al punto de vista perfecto para el jurista o estudioso del Derecho, puesto que según Hart, este puede hacerlo desde un punto de vista externo, sin embargo, toda la teoría de Dworkin versa sobre la necesidad de ser parte de la práctica jurídica para poder entender el Derecho, es decir, es necesario ser participante, es necesario estudiar el Derecho a partir del punto de vista interno, de acuerdo con los términos planteados por Hart.

Dworkin critica el estudio del Derecho de acuerdo con los términos criteriológicos en que se basa la corriente positivista, debido a que trata de ignorar el hecho de que muchas veces los hechos reales sociales no se logran encuadrar en los conceptos y términos dados

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ SENDRA MOLL, J. *ibid*, p. 119.

por la doctrina y la norma, no es una ecuación matemática perfecta, que se conoce el significado y el hecho real social lógicamente encaja; no es así, en la vida real, Dworkin propone aceptar los conceptos del Derecho como interpretativos, esto quiere decir que efectivamente son conocidos, pero cambia su significado de acuerdo con el intérprete, un ejemplo sería la aceptación de la justicia como existente, mas esta difiere en su significado según la persona a quien se escuche hablar de la misma, ya sea un conservador o un liberal.²⁴⁷

De lo anterior se puede ver la importancia de la interpretación de conceptos para Dworkin, entonces, si bien es un cambio en el método utilizado por los filósofos del Derecho anteriores a él, se puede asimismo entrever su adhesión al positivismo, puesto que a pesar de hablar de principios, y aceptar que estos son una moralidad del sistema, indica que los mismos no se obtienen de la subjetividad de los personas masificada, sino de toda una obra de arte histórica, que es el Derecho, es decir, ha sido la evolución del Derecho a través del tiempo, de anteriores interpretaciones de jueces; de ahí vienen los principios. Estos se pueden aprender estudiando no solo la norma, sino la interpretación de la misma en casos pasados, la llamada jurisprudencia.

Entonces, aún con su propuesta de los principios jurídicos haciendo crítica a los filósofos positivistas, se puede apreciar de los escritos de Dworkin que buscó la lógica en el momento de adjudicación del juez. Dworkin argumenta que los principios existen, pero se obtienen de la lectura de la norma y de su “correcta” interpretación, por lo que incrementa el bagaje de métodos positivistas para el estudio del Derecho, aunando a la teoría el método de interpretación literaria.

²⁴⁷ Ibidem, p. 122.

Sobre esta metodología literaria interpretativa, Juan Pablo Caicedo al analizar la propuesta de Dworkin en contraste con la teoría literaria, explica que una interpretación nunca vendrá ligada de una verdad absoluta, sino que hay que ver la obra de arte (el Derecho) en su totalidad, para llegar a una acertada o correcta interpretación de una de sus partes, entonces no habrá discrecionalidad del juez, sino que este adquiere un compromiso con toda la obra, para no echarla a perder, de leer lo que jueces en el pasado han dictaminado.²⁴⁸

Dworkin manifiesta su rechazo en la búsqueda de la voluntad del legislador en el texto, mas siempre considera importante el texto, la norma y la lectura de lo que otras autoridades judiciales en el pasado han interpretado de las normas, para llegar a darse una imagen acertada, dentro de los parámetros del lenguaje, de las decisiones políticas que dieron a luz la creación de dicha norma.²⁴⁹

Contemporáneo a Dworkin, y a su vez crítico de la teoría positivista separatista del Derecho, se encuentra Robert Alexy, filósofo alemán, uno de los mayores y más conocido promotores del neoconstitucionalismo, en razón de su desarrollo teórico y filosófico con respecto a los principios constitucionales que hoy en día rigen el Derecho y más que eso, según Alexy lo fundan. Como bien lo dice el nombre del movimiento jurídico, neoconstitucional, es una concepción del Derecho que basa dicho fenómeno, en razones constitucionales.

Alexy ha desarrollado un amplio análisis del Derecho, lo que le permitió llegar a plantearse preguntas filosóficas sobre el Derecho y a su vez responder a las mismas, con lo

²⁴⁸ CAICEDO, J.P. (2009). El imperio de la interpretación: aportes de la teoría literaria contemporánea y la interpretación del Derecho como integridad de Ronald Dworkin, pp.: 279-280. Universidad de los Andes, Colombia.

²⁴⁹ Ibidem, pp.: 280-281.

que creó una nueva concepción del Derecho, que toma parte del desarrollo positivista del Derecho y también la ya famosa en ese momento, teoría de los principios de Dworkin.

Philosophy is general and systematic reflection about what there is, what ought to be done or is good, and how knowledge about both is possible. Legal philosophy raises these questions with respect to the law. In so doing, legal philosophy is engaged in reasoning about the nature of law.

The arguments addressed to the question of the nature of law revolve around three problems. The first problem addresses the question: In what kinds of entities does the law consist, and how are these entities connected such that they form the overarching entity we call “law”? The answer is that law consists of norms as meaning contents which form a normative system.

The second problem addresses the question of how norms as meaning contents are connected with the real world. This connection can be grasped by means of the concepts of authoritative issuance and social efficacy. The latter includes the concept of coercion or force.

The third problem addresses the correctness or legitimacy of law, and, by this, the relationship between law and morality. To ask about the nature of law is to ask about necessary relations between the concepts of normative meaning, authoritative issuance as well as social efficacy, and correctness of content. *(La filosofía es una reflexión general y sistemática sobre lo que hay, lo que se debe hacer o lo que es bueno, y cómo es posible el conocimiento de ambos. la filosofía del Derecho plantea estas preguntas con respecto al Derecho. De esta manera, la filosofía del derecho se dedica a razonar sobre la naturaleza del Derecho.*

Los argumentos dirigidos a la pregunta de la naturaleza del Derecho giran en torno a tres problemas. El primer problema aborda la pregunta: en qué tipo de entidades consiste el Derecho, y como (sic) están conectadas estas entidades de manera que forma una entidad

total que llamamos Derecho? la respuesta es que el derecho consiste en normas como contenidos conceptuales que forman un sistema normativo.

El segundo problema aborda la pregunta de cómo las normas como contenidos conceptuales están conectados con el mundo real. Esta conexión se puede entender en términos de coerción y eficacia social. El último incluye el concepto de coerción o fuerza.

El tercer problema dirige a la corrección o legitimidad del Derecho, y, por esto, la relación entre derecho y moral. Preguntar sobre la naturaleza del derecho es preguntar sobre relaciones necesarias entre conceptos normativos, coerción como eficiencia social y corrección del contenido.)²⁵⁰

Los resultados del análisis filosófico de Robert Alexy lo llevaron a plantear tres tesis fundamentales en las que basa su concepción y teoría del Derecho, la tesis del discurso jurídico, la tesis de la corrección y la tesis del caso especial, por lo que para entender el Derecho es necesario comprender que es un discurso con un lenguaje determinado, pero para su estudio no solo se puede ver el discurso, sino que hay que analizar la parte axiológica del mismo, que es su fin de corrección y por último, considerando los anteriores, analizar que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación lógica y discursiva, es una argumentación “jurídica”.

En la época de Alexy ya se había consolidado una nueva concepción del Derecho, totalmente revolucionaria ante el tradicional positivismo, movidos por un disgusto generalizado por la pretendida objetividad del Derecho y el formalismo del mismo, a esta corriente del Derecho se le llamó realismo jurídico; esta es la razón por la cual Alexy se dedicó a mostrar cómo, si bien el Derecho está basado evidentemente en una parte semántica

²⁵⁰ ALEXY, R. (2004). The nature of legal philosophy. *RATIO JURIS*, vol.17, n°2, p.: 156. Blackwell publishing Ltd, Inglaterra.

y discursiva, no todo es relativo y la racionalidad del razonamiento jurídico no debe darse por perdida, sino que con el uso de instrumentos lógicos básicos, como inferencias, se puede llegar a justificar el razonamiento jurídico.²⁵¹

El compromiso de Alexy con la racionalidad del Derecho fue tal, que creó un sistema de 26 reglas de razonamiento jurídico, que deben ser consideradas por los jueces metodológicamente al dictaminar un caso, así dejan de ser solo decisiones autoritarias. Sin embargo, Alexy manifiesta no ser partidario de una concepción positivista del Derecho, ya que considera que el Derecho tiene una doble naturaleza, no es solo lo real, la norma y su aplicación lo que compone al Derecho, sino que hay un aspecto ideal y moral en el Derecho, esto lo explica en su tesis de la corrección del Derecho.²⁵²

A pesar del evidente rechazo de una teoría separatista del Derecho por parte de Alexy, se considera en la actualidad como uno de los filósofos que constituyen la nueva corriente post positivista o neo constitucionalista del Derecho, ya que después de todo el estudio realizado, Alexy parte de una moralidad del Derecho, que se evidencia en la búsqueda de corrección del Derecho, mas esta búsqueda es finalmente comparada con una necesidad de justificación de las normas y las decisiones jurídicas, a partir de un discurso jurídico, que evidentemente, después de su explicación del discurso jurídico en sus primeros escritos, se entiende que es una actividad lógica y no subjetiva, por lo que no es partidario de la indeterminación del Derecho como lo propone la escuela del Realismo jurídico. Asimismo, siguiendo el objetivo de los antiguos pensadores positivistas, Alexy busca una explicación

²⁵¹ KLATT, M. (2012). Robert Alexy's Philosophy of law as System. INSTITUTIONALIZED REASON, p.:4. Oxford University Press. Inglaterra.

²⁵² Ibidem.

racional del Derecho, incluso justificando la moralidad no subjetiva que se puede encontrar en el Derecho.²⁵³

Entonces, del desarrollo teórico realizado por Alexy, se pueden encontrar propuestas metodológicas importantes para el estudio y la enseñanza del Derecho, y es la necesidad de entender el Derecho como un caso especial de la práctica discursiva en general, que tiene reglas lógicas, pero que además se encuentra limitado en un marco jurídico y una doctrina. Por lo que es necesario conocer las normas y la doctrina, pero además aprender las reglas lógicas del discurso, para comprender las resoluciones judiciales y en dado caso, llegar a utilizarlas el aplicador del Derecho al salir a la “calle”.²⁵⁴

Otro punto importante sería entender el ideal de corrección del Derecho, para que al crear un razonamiento jurídico lógico, se tenga en mente todo el sistema jurídico en conjunto y especialmente los derechos constitucionales, que son base de la teoría de Alexy en cuanto al Derecho, puesto que una justificación de una decisión jurídica debe ser aceptada por otros, debe ser lógica.²⁵⁵

Se dice que la teoría de Alexy evidencia un carácter institucional, ya que para este filósofo todo el sistema encuentra sentido en los derechos constitucionales, dejando a un lado el sistema legalista positivista clásico y manifestando la necesidad de entender que los derechos constitucionales no son normas jurídicas como lo podría ser las leyes, sino son principios constitucionales, no se deben interpretar taxativamente, sino ampliamente. Además, tampoco pueden ser igualados a los principios jurídicos del Derecho, que son axiomas generalizados y tienen un rango inferior con respecto a las normas positivas; los

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ibidem, p.: 5.

principios constitucionales a diferencia de esos, cuentan con “pedigree”, tienen un rango supra con respecto a todo el sistema jurídico, ya que son constitucionales.²⁵⁶

Según Alexy, la función de los derechos constitucionales en un sistema jurídico se caracteriza por: - gozar de un mayor rango en la jerarquía de las normas. – ser reforzadas por una corte constitucional. – se ocupan de temas de mayor importancia para la gente. – tienen un carácter abierto. Entonces, estos son requisitos de optimización del Derecho, son utilizados para interpretar el Derecho de una mejor manera, tomando en consideración la posibilidad normativa y la posibilidad real fáctica.

La propuesta metodológica de Alexy para el estudio del Derecho, consiste en aprender a realizar un análisis de proporcionalidad y balance del Derecho, que consiste en tres pruebas, una de pertinencia, otra de necesidad y por último, una de proporcionalidad en sentido estricto. Las dos primeras pruebas buscan revisar la optimización constitucional, con respecto a los hechos reales, y la tercera prueba revisa la optimización con respecto a las demás normas. Es necesario hacer un balance, con esto Alexy busca hallar lógica, seguridad y objetividad en el método de razonamiento judicial, eliminando el factor discrecional, porque como se dijo anteriormente, la justificabilidad será correcta si puede ser aceptada por otros.²⁵⁷

B. REALISMO JURÍDICO

Esta concepción filosófica del Derecho trae consigo una variedad de metodologías que busca terminar con el formalismo y la búsqueda incansable de los juristas positivistas

²⁵⁶ Ibidem, p.: 7.

²⁵⁷ Ibidem, p.: 8.

por demostrar la apoliticidad y objetividad en la aplicación del Derecho, esto ligado a la pretendida aplicación científica y lógica del Derecho.

El realismo jurídico norteamericano se desarrolla a partir del siglo XX, buscando considerar como parte del Derecho su aspecto práctico; para estos juristas la dimensión social tiene un papel fundamental en el estudio del Derecho, por lo que consideran necesario tomar métodos sociológicos para poder estudiar y enseñar el Derecho.²⁵⁸

La concepción del Derecho de los juristas realistas, se basa en el comportamiento de los jueces; uno de los más relevantes juristas que inician el estudio del Derecho a partir de su fenómeno judicial es el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Oliver W. Holmes, quien consideraba que el estudio del Derecho no debe versar sobre el descubrimiento de lo que está detrás de la norma, sino se debe estudiar en las clases la realidad del Derecho, lo que los jueces están haciendo.²⁵⁹

Otro filósofo partidario del realismo jurídico fue Jerome Frank, quien analizó el infantilismo jurídico, la pretensión del jurista de la seguridad jurídica y la certeza del Derecho, evadiendo cualquier responsabilidad en cuanto a su aplicación del Derecho.²⁶⁰

Entre las corrientes realistas del Derecho, también se encuentra la sociología jurídica, que busca aplicar métodos sociológicos en el estudio, enseñanza y creación del Derecho; uno de sus mayores exponentes, Max Weber, pero previamente Eugen Ehrlich había expuesto su

²⁵⁸ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas. TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO (5ta ed.), Editorial Tébar Flores. P. 26.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Ibidem.

teoría del Derecho en el que diferenciaba el Derecho legal y el Derecho viviente, emanado de la práctica social; la norma no es dogma rígido, sino es una fuerza viva.²⁶¹

Eugen Ehrlich, filósofo austriaco, fue parte del llamado movimiento del Derecho libre, que propone basar el estudio del Derecho en la observación y además, aceptar que la aplicación del Derecho no solo es racional, sino que la voluntad de los juristas influye no solo en la creación del Derecho sino en su aplicación²⁶², “*A quien nunca vaya más allá de la intención del legislador le faltará mucho para conocer el Derecho realmente vigente.*”²⁶³

Para esta concepción del Derecho, como derecho vivo, era necesario implementar una metodología empirista y sociológica, puesto que se consideró el Derecho como dinámico, por tanto para comprender el significado de una norma, es necesario ver cómo se vive y cómo se viola en ciertas relaciones. Según Ehrlich, el Derecho es una disciplina práctica, va en contra de la tradicional concepción formal del Derecho; es necesario comprender la sociedad y las fuerzas que en ella actúan, para comprender el fenómeno jurídico, por lo que también será necesario en su aprendizaje utilizar un método real inductivo, considerando los hechos y realizando una ponderación de intereses, es decir, una valoración.²⁶⁴

Según el movimiento del Derecho libre, el estudio del Derecho en su práctica no elimina la posibilidad de teorizar, de elaborar conceptos, sino que es parte de cualquier ciencia; después de haber comprendido el fenómeno en estudio, para su enseñanza posterior, será necesario hacer una síntesis del conocimiento obtenido de manera sistemática, clasificar

²⁶¹ Ibidem, p. 27.

²⁶² NÚÑEZ LEIVA, J.I. ibid, p.:174.

²⁶³ NÚÑEZ LEIVA, J.I. ibid, p.:177.

²⁶⁴ Ibidem.

y ordenar la formación de conceptos, pero serán tomados como indicadores y no condicionantes pseudo objetivos y preconstituidos, como en la medicina.²⁶⁵

Por otro lado, la sociología jurídica busca aportar al Derecho las causas de su creación, su desarrollo y en algunos casos, su crisis; además de explicar la influencia de las prácticas sociales en el comportamiento de los juristas. Estos estudios han colaborado en la enseñanza del Derecho y su desarrollo filosófico en los países anglosajones, a partir del análisis del precedente y la relevancia de la jurisprudencia en el Derecho como fuente creadora del mismo.²⁶⁶

La metodología sociológica amplía el estudio del Derecho, a analizar no solamente la norma escrita, sino también el comportamiento de sus aplicadores, entre ellos, uno de los más importantes sujetos del Derecho, el juez; esto se logra con una visión investigativa empirista y pragmática, dejando a un lado como centro del estudio del Derecho la metodología formalista tradicional.²⁶⁷

Según Martínez Doral, en su artículo “*sociólogos, juristas y filósofos, apuntes para una metodología de la ciencia del Derecho*”, expone que la sociología jurídica tiene un solo método, y es la observación. Pero hay muchas maneras de observar un objeto, puede hacerse una observación simple, una observación participada, observación provocada o una observación comparativa.²⁶⁸

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas. *Ibid*, p.:27.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ MARTINEZ DORAL, J.M. (1990). Sociólogos, juristas, filósofos. apuntes para una metodología de la ciencia del Derecho. REVISTA CHILENA DE DERECHO, vol. 17, n° 3, p. 520. Chile.

La observación simple puede ser directa o indirecta; la directa se realiza cuando el hecho está ante los ojos, la indirecta cuando el hecho no está a la vista. La observación directa también puede ser extensiva o intensiva; será extensiva cuando se realiza a grandes grupos de humanos, en este caso la metodología por utilizar será la encuesta.²⁶⁹

La observación directa intensiva se realiza a pequeños grupos o incluso a una sola persona, por lo que el mejor método por utilizar será la entrevista o el test. La observación indirecta, ya sea intensiva o extensiva requerirá de prueba documental.²⁷⁰

También se cuenta con la observación participada, que se da cuando el que observa también es parte de los hechos. La observación provocada se da cuando el investigador provoca el hecho por observar, por lo que suele utilizar el método experimental. Y finalmente, la observación comparativa, también es utilizada en la ciencia jurídica, ya que estudia las semejanzas y diferencias en los fenómenos sociales, como el estudio comparativo que se puede hacer entre sistemas parlamentarios.²⁷¹

Otro aporte de la sociología jurídica al Derecho, es el análisis del sistema axiológico que influye en los jueces a la hora de decidir un caso; esto ha permitido tener en la actualidad una gama de variables o elementos por considerar, que condicionan el comportamiento judicial; un ejemplo de estas variables sería la ideología política, que tuvo un impacto importante en el sistema de la judicatura en la Alemania Nazi.²⁷²

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas. Ibid, p.:28.

Contemporáneo a estos filósofos se encuentra Hägerstrom, quien fue fundador de la escuela realista escandinava. Este filósofo sueco basa su concepción del Derecho en un conjunto de palabras o frases, sin mayor contenido conceptual, más allá de buscar organizar una serie de convenciones, por intereses colectivos, por lo que el estudio o búsqueda de comprensión de un concepto jurídico es vano, la norma son simples palabras que fueron creadas para obtener cierto comportamiento, la norma no tiene valores, solo son palabras, razón por la cual Hägerstrom fue considerado un nihilista.²⁷³

El método de estudio que Hägerstrom utiliza y propone para el Derecho es el análisis conceptual, ya que el Derecho se compone de frases, pero no es necesario un razonamiento lógico entre normas y hechos como era propuesto por el positivismo, sino que es un análisis histórico sobre el contexto político y social de origen de la norma.²⁷⁴

Por último, entre las corrientes realistas del Derecho, habiendo mencionado el realismo norteamericano, realismo escandinavo y la sociología jurídica, se puede continuar con uno de los movimientos más recientes, que surge a mediados del siglo XX y que se puede ver aún su desarrollo en la actualidad; aunque cierto sector del gremio jurídico proclama que así como apareció decayó, es muy probable que tales manifestaciones sean estrategias meramente políticas, como proponen los críticos del Derecho, para cegar sobre dicha teoría a los nuevos y futuros juristas.

Los iniciales Crits, como se le llamaban a los juristas que desarrollaban la filosofía de los CLS, también llamados “red-diaper babies”, los bebés de pañales rojos, ya que fueron

²⁷³ BJARUP, J. *ibid*, p. 7.

²⁷⁴ *Ibidem*.

los hijos de activistas de izquierda en los años 1930's y siguientes²⁷⁵; concluyeron que el Derecho está formado por un discurso jurídico contradictorio, con un fundamento moral y político, por lo que entre los métodos de estudio utilizados se encuentra el análisis de pares opuestos, método aplicado primeramente por los realistas norteamericanos, sus antecesores, por medio a su vez de un método filosófico de deconstrucción o sofística, con el cual lograron encontrar diferentes elementos contradictorios que forman la doctrina jurídica, razón por la cual estaban de acuerdo con la indeterminación del Derecho manifestada primeramente por los realistas del Derecho. ²⁷⁶

El estudio del Derecho de según los CLS, se basa en el lenguaje, en analizar las estructuras formales, pero no desde una perspectiva objetiva positivista, sino entendiendo que tales fueron creadas con fines dominantes y políticos, para promover cierto comportamiento, incluso mistificando tal lenguaje jurídico. Según Oetken, en su artículo *Form and Substance in Critical Legal Studies*, menciona:

The way we talk about law is crucial to what law in our society is; our choices of words, connotations, images, and tone are coded with meanings and commitments. (...) CLS itself teaches that arguments and commitments are hidden within the seemingly neutral domain of form and rhetoric, and that these arguments and commitments can reveal deep contradictions. (*La forma en la que hablamos sobre el Derecho es crucial para lo que el Derecho es en nuestra sociedad; nuestra elección de palabras, connotaciones, imágenes y tono, están codificados con significados y convenciones. (...) CLS en sí mismo enseña que los argumentos y convenciones están escondidos en la aparente neutralidad de la forma y*

²⁷⁵ TUSHNET, M. (1991). Critical legal studies: a political history. THE YALE LAW JOURNAL, vol. 100, n° 5. Estados Unidos. P.: 1533.

²⁷⁶ Ibidem, p.: 1524.

*retórica, y que estos argumentos y convenciones pueden revelar profundas contradicciones.)*²⁷⁷

La escuela de los CLS no se limitó a criticar el formalismo jurídico predominante en la época de la Ilustración y que en el siglo XX todavía tenía resonancia, vigencia y predominio; sino que también criticaron a los realistas y la sociología jurídica, haciendo referencia a los trabajos de Weber y Marx, sobre la autonomía relativa del Derecho, por el determinismo histórico que proclamaban. A pesar de esto, tomaron de estos estudios como herencia metodológica, la consideración del contexto formativo, para la comprensión del discurso legal, mas no como determinante de un “destino” jurídico social.²⁷⁸

Tushnet, un reconocido filósofo crítico del Derecho, describe la concepción del Derecho de los Crits como un posicionamiento político:

The indeterminacy argument and the critique of social theory led CLS to a different understanding of the proposition that law is politics. We saw law as a form of human activity in which political conflicts were worked out in ways that contributed to the stability of the social order ("legitimation") in part by constituting personality and social institutions in ways that came to seem natural. The legitimating and constitutive operation of law occurred on all levels. *(El argumento de la indeterminación y la crítica a la teoría social dirige a los CLS un entendimiento distinto de la proposición del derecho es política. Nosotros vemos derecho como una forma de actividad humana en la cual los conflictos políticos fueron resueltos en sentidos que contribuyeron a la estabilidad del orden social (“legitimación”) en parte constituyendo personalidad e instituciones sociales en sentidos que vinieron a parecer*

²⁷⁷ OETKEN, J.P. (1991). Form and substance in Critical Legal Studies. THE YALE LAW JOURNAL, vol. 100, n° 7, p.: 2213. Estados Unidos.

²⁷⁸ TUSHNET, M. *ibid*, p. 1525.

*naturales. La legitimización y operación constitutiva del Derecho ocurre en todos los niveles).*²⁷⁹

A partir de esta concepción expresada por Tushnet, se puede ver cómo si bien los Crits fueron críticos de la sociología jurídica, específicamente de los trabajos de Marx, sí tomaron en consideración su trabajo para analizar el Derecho, encontrando una relación directa en el comportamiento del Derecho en sociedad y las reglas de clases, todo desde una teoría marxista informal del Derecho y la sociedad.²⁸⁰

Por otro lado, también hubo Crits que sí consideraron viable el uso de ciencias sociales y sus métodos, para la resolución de problemas que el formalismo jurídico no podía resolver en su indeterminación, como lo fueron Myres McDougal y Llewellyn; el último consideró las ciencias sociales más que una herramienta de creación normativa, sino que el Derecho es parte de estas, siendo el Derecho un fenómeno social, cuyo estudio en clases debe realizarse por medio del “sentido de la situación”.²⁸¹

Para los Crits la práctica jurídica forma el Derecho, pero no solo en el área judicial, sino en las aulas, la enseñanza del Derecho influye de igual manera en la construcción y preservación de un sistema opresivo e inequitativo de relaciones, por lo que mucho de su crítica se basaba en la influencia política en las instituciones y la enseñanza del Derecho, pero esto ya fue descubierto por los realistas del Derecho, el aporte de los Crits fue ir más allá, demostrando como en la academia jurídica también hay movimientos políticos, y hay una tradición dominante que ayuda a justificar y mantener el discurso abstracto del Derecho,

²⁷⁹ Ibidem, p. 1526.

²⁸⁰ Ibidem, p. 1528.

²⁸¹ Ibidem, p. 1533.

como puro y técnico, sin manifestaciones políticas. *CLS "offered not merely a theory of law," but a hopeful selfconception of a "politically active, socially responsible [vision] of a noble calling."*(CLS "ofrecieron no solo una teoría del Derecho" sino una autoconcepción esperanzadora de una "visión política, socialmente responsable de una noble vocación.").

282

Según Minow, reconocida feminista y Crit, menciona que los CLS buscan mostrar cómo la doctrina jurídica e incluso los principios jurídicos que los post positivistas proclaman, son contingentes y pueden producir diferentes resultados, según como el aplicador desee usarlo; las decisiones legales son solo una muestra de la dinámica jurídica cultural, cambiante de acuerdo con el momento histórico y las preferencias axiológicas del juez, en lo que se puede contemplar también, las decisiones económicas y la presión social de grupos de interés.²⁸³

Por lo que el intento de hacer ver el Derecho como una ciencia metódica y objetiva, dirigida por principios lógicos que permiten entrever los resultados que dará a luz, es simplemente una forma de legitimar sus decisiones políticas, de ahí que muchos de los académicos Crits buscaron la forma de cambiar el discurso a favor de grupos sociales desfavorecidos, ya que la práctica informa la teoría y no es a la inversa como se había estado estudiando el Derecho por los positivistas; los Crits se volvieron activos políticamente en sus recintos académicos.²⁸⁴

²⁸² MINDA, G. *ibíd*, p.107.

²⁸³ *Ibidem*, p.: 108.

²⁸⁴ *Ibidem*, p.: 112.

Los Crits innovaron la enseñanza del Derecho añadiendo metodologías de estudio dinámicas, que lograran mostrar la cultura jurídica, la práctica real del Derecho y sus movimientos de intereses políticos a partir de clases con modalidad de clínica, que estuviesen fuera de los recintos académicos, para formar juristas que conocieran realmente de lo que se habla, que se lograra una conciencia social en los profesionales en Derecho; paralelamente criticaron las jerarquías ilegítimas en las facultades de Derecho, que no consideraban el currículum de los profesores contratados.²⁸⁵

Otro punto importante de esta corriente filosófica del Derecho, en cuanto a su metodología, es que también hicieron énfasis en el carácter psicológico del simbolismo utilizado por el gremio jurídico, un ejemplo serían los jueces, de quienes se acepta y legitima su decisión sin importar el contenido del mismo, solo por una serie de comportamientos, de vestimenta, de forma de hablar, que hace creer que no importa el contenido de la decisión judicial, el juez sabe lo que dice.²⁸⁶

Todo lo anterior que se reproduce en la academia, en conjunto de una estructura de valores jerarquizados sin cuestionamiento, que sirven al sistema político liberal, asemejándose al adoctrinamiento de las religiones a sus adeptos, *CLS scholars asserted that "[l]ike religion in previous historical periods, the law becomes an object of belief which shapes popular consciousness toward a passive acquiescence or obedience to the status quo.*" [Los estudiosos de los CLS afirmaron que como la religión en periodos históricos previos, el Derecho se volvió un objeto de creencia que forma la conciencia popular hacia

²⁸⁵ Ibidem, p.: 113.

²⁸⁶ Ibidem.

una aquiescencia pasiva u obediencia al status quo]. Todo lo que va en contra de una realización de ideales democráticos.²⁸⁷

Según los CLS es necesario que en la enseñanza del Derecho se implemente el análisis moral y político que conlleva el ejercicio del Derecho, por lo que en la medida de lo posible será necesario que el estudiante entre en contacto con un cliente para entender sus intereses, y no solo el interés o la perspectiva del abogado en una clase.²⁸⁸

También se deben analizar las estructuras semánticas, discursivas y retóricas que están inmersas en los textos y en la argumentación jurídica de los jueces, y no centrar una clase en el estudio de la naturaleza o el significado del Derecho, aunque no lo eliminan del plan de estudios en su totalidad, sí pasa a segundo plano, ya que para los Crits es necesario unir la explicación teórica a la experiencia real, para que se logre demostrar cómo el Derecho falla en la solución de problemas sociales.²⁸⁹

Entre las metodologías que añadieron a la enseñanza del Derecho fueron tomadas de metodologías lingüísticas sobre el discurso; un ejemplo es el análisis deconstruccionista de los textos; con este demuestran cómo toda interpretación de un texto privilegia un significado sobre otro posible.²⁹⁰

The deconstruction of legal concepts is said to help inform the underlying social vision legal doctrine supports and justifies in the law's analysis of concrete problems. As Jack Balkin explained: "[T]he deconstructor deconstructs ideologies, which are manifested in particular legal doctrines. By challenging what is 'given,' deconstruction affirms the infinite possibilities

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ Ibidem, p.:114.

²⁸⁹ Ibidem, p.: 115.

²⁹⁰ Ibidem, p.: 116.

of human existence. By contesting 'necessity,' deconstruction dissolves the ideological encrustations of our thought." [*La deconstrucción de conceptos legales está dicha para ayudar a informar sobre la visión social en la que se basa la doctrina y justifica en el análisis jurídico de ciertos problemas. Como Jack Balkin explicó: "el deconstructor deconstruye ideologías, que están manifiestas en doctrinas jurídicas particulares. Retando lo que está dado, la deconstrucción afirma la infinita cantidad de posibilidades de la existencia humana. Impugnando "necesidad", la deconstrucción disuelve las incrustaciones ideológicas de nuestros pensamientos.*"]²⁹¹

El análisis deconstruccionista es un método interpretativo que busca enfrentar la concepción de estructuras preconcebidas, jerarquías de valores, implementadas en el texto de una manera semántica que pareciera normal y único; crea un sesgo en el lector sobre el privilegio de una idea que hay en el texto; a esto Derrida, filósofo que expone el uso del deconstruccionismo, le llama logocentrismo.²⁹²

A partir de este método todo el sistema dejaba de tener sentido lógico, no tenía justificación alguna, más allá de una justificación política de un grupo de interés que dispuso la norma o la enseñanza de tal modo; y al final se aprendió de tal modo, por "capricho" y beneficio de terceros, esto provocó que los Crits fueran considerados nihilistas, un término con cierto contenido emocional negativo, ya que se les consideró escépticos a que un sistema pueda ser concebido de manera racional, en un sistema jerárquico de valores compartidos; esto causó en los juristas liberales, resultado del adoctrinamiento ancestral, un tipo de ansiedad "existencialista", al encontrarse con tanta libertad argumental al sistema.²⁹³

²⁹¹ Ibidem, p.: 117.

²⁹² Ibidem, p.:118.

²⁹³ Ibidem, p.: 123.

A. POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico que se desarrolla desde el inicio del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, como se ha visto anteriormente, surge como respuesta a las monarquías, puesto que en aquél tiempo se consideró que la ley o la norma que regía era la que dictaba el monarca, esto con el fundamento de que este monarca era elegido de manera divina, era una entidad divina la que asignaba el legislador nato, y el poder gubernativo de este era hereditario.

El monarca era el legislador, el gobernador y el verdugo, aunque usualmente dejaba esta tarea de aplicación y acción de la pena a empleados de él, un verdugo o los sacerdotes de la Iglesia. Todo esto sucedió mientras predominaba el Derecho natural, sin embargo, con el cambio en la estructura económica, de un feudalismo y economía de la tierra a una burocracia, estos nuevos poderosos vieron con recelo a los que de manera “natural” eran elegidos para gobernar y tener la única voz y el único voto; de ahí que no solo cambia el sistema económico, sino que de manera paralela surge una revolución en diferentes partes del mundo, en los que por medio de discursos políticos se buscó cambiar el paradigma y la visión de mundo de los siervos, de la gente, para obtener legitimidad política, no solo económica, que ya la habían conquistado.

Después de haber sacado del poder a la monarquía o haberlas despojado del poder absoluto, se implementan sistemas democráticos, en busca de cambiar el poder legislativo, a uno del pueblo, a uno elegido o convenido por las mayorías. También se busca que haya un representante del pueblo, que sea gobernador por razones organizativas, pero no para que tenga poder legislativo. En medio de este proceso, la revolución no solo se dio en el campo

económico y político, sino que los juristas con la euforia del momento también se cuestionaron lo que aprendieron y lo que enseñaban, fue así que a partir del siglo XIX surgen las críticas al Derecho natural, cambiando el discurso jurídico, con ello la legislación y la concepción del Derecho, ya no como norma santa, en la que se debía buscar siempre el espíritu de la norma, los positivistas como parte del movimiento positivista y de ilustración del momento, buscaron que la norma dejara de girar en torno de una entidad divina y su voluntad, sino que debía girar en torno al ser humano, al hombre, lo importante, considerando que es a quienes regula.

Entonces, la argumentación de los aplicadores del Derecho, no solo los abogados sino los jueces, debía versar sobre lo que dice la norma no lo que quería decir, sobre el ser y no lo que debía ser; todo esto aunado con el crecimiento de los estudios científicos y los grandes aportes que dieron las ciencias exactas, razón por la cual, si se quería cambiar el paradigma del Derecho, debía ser como cualquier ciencia exacta, debía basar su argumentación, su elaboración y su uso de manera “científica”, por medio del método científico, esto se puede ver con el discurso del método de Descartes, posteriormente Hans Kelsen y su teoría pura del Derecho.

Los efectos sociales son abrumadores, como se dijo, lo que sucedió en aquel momento no fue solo un cambio en la concepción del Derecho, sino que fue un cambio paradigmático, y debía ser así para que el cambio de poderes tuviese efecto, si se quería que la voz del “pueblo” se escuchara, debía verse el cambio reflejado en los aplicadores del Derecho, en los jueces, en los abogados, en los profesores de Derecho. Para cambiar la visión del mundo fue necesario que la mayor parte de la población creyera en lo que se profesaba, no solo los científicos, comerciantes y burócratas, sino los políticos y juristas, que el “hombre” era el centro de todo desarrollo de conocimiento.

Fue necesario un sistema jurídico que contemplara las nuevas instituciones sociales y relaciones jurídicas que se desarrollaron con el auge económico y social, además, los fines del Derecho, que se tenían hasta la decaída del naturalismo jurídico, cambiaron para girar en torno al “hombre”, buscando que se dejara de pensar en supra valores, sino en las normas como fundamento del actuar jurídico, como fin máximo.²⁹⁴

En la enseñanza del Derecho, se dejó a un lado las consideraciones éticas o mitológicas, las consideraciones políticas y económicas, no porque no fueran reales o importantes estas últimas, sino porque el Derecho tenía que verse como autónomo, una ciencia completa, con objeto de estudio y metodología propia. Por lo tanto, al jurista solo le debía interesar a lo que él se dedicaba y nada más.

La consecuencia de esta nueva concepción del Derecho fue la de reproducir juristas sin ninguna conciencia de fenómenos sociales, de interacción humana, sin conciencia de cómo sus actos tenían relación con la economía o con la política, el jurista redujo su razonamiento a un codicismo o fetichismo legal, la asunción de un dogma positivista de que el quehacer del estudiante de Derecho y el jurista inicia y termina en el código.²⁹⁵

Con esto también deviene la consecuencia de un jurista irresponsable con el discurso de que hace lo que dice la ley, sin saber exactamente sus efectos, sin saber exactamente si lo que pensó que decía la norma era lo que decía o lo que podía decir, simplemente justificaba

²⁹⁴ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas. Ibid, p.: 23.

²⁹⁵ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). El debate sobre la imagen y la formación del jurista: las teorías críticas del Derecho. TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO (5ta ed.), Editorial Tébar Flores, p.: 52.

su actuar y por ende cualquier resultado que diera, en que era lo que decía la ley, una forma irresponsable de actuar.²⁹⁶

Esto también fue una consecuencia del anhelo implacable de objetividad, en contraposición con la mezcla del mundo de las ideas y el mundo de lo material, concepción del Derecho implementada por la Iglesia en conjunto con el gobierno, en el que la religión se encontraba en toda actividad humana, esto generó un gran descontento en los juristas, y fundamenta la antítesis de este sistema de naturalismo jurídico, aunado al auge y éxito de los avances científicos, que incentivó a los juristas a centrar su atención en los “hechos empíricos” y basar el Derecho solo en esto, ya que cualquier conocimiento que no sea por hechos empíricos y observables, no existe.²⁹⁷

Otro punto, que en algún momento de la historia a algunos juristas les incomodó, fue como algunas normas con las que no estaban de acuerdo, porque eran de notable arbitrariedad legal, en contra de cualquier principio de libertad o democracia, pues se veía improcedente; ellos mismos no se veían en la capacidad de ir en contra de la norma, por el adoctrinamiento en el que se encontraban, por lo que en algunos casos dio como resultado lo que se llamó la perversión autoritaria del orden jurídico, como el caso de la Alemania Nazi.²⁹⁸

Los planes de estudio no se movían, como sí lo hacían las relaciones sociales, así que la necesidad de regulación en diferentes áreas de la vida cotidiana podían extenderse pero el Derecho no se extendía con ellas, no habían soluciones, solo discrepancias que debían solucionarse y de hecho se solucionaban por fuera de algún tipo de regulación formal

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ RUIZ RODRÍGUEZ, V. (2009). *FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Reflexiones sobre Derecho Electoral. Instituto electoral del Estado de México, 1º ed. México. Pp.: 189.

²⁹⁸ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). El debate sobre la imagen y la formación del jurista: las teorías críticas del Derecho. *TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO* (5ta ed.), Editorial Tébar Flores, p. 52.

enseñada en las aulas, pero dicha esfera era ignorada por los juristas, ni siquiera por amor al conocimiento entraban a conocer lo que sucedía en la realidad, cómo estaban solucionando estos conflictos.²⁹⁹

La más reciente concepción positivista del Derecho, la institucional, brindó algunas soluciones a los problemas del ultra formalismo, como el hecho de pensar en los fines constitucionales para integrar el Derecho, de manera que todas las instituciones funcionaran de manera coherente y sincronizada, así como instituciones fuera del Estado; esta nueva visión flexibilizó el positivismo jurídico de manera que aceptaban el papel de la sociedad en la construcción del Derecho, sin embargo, en términos prácticos el aspecto político era censurado y visto fuera del radar del Derecho, seguía proclamándose la apoliticidad y objetividad, del jurista y del juez.³⁰⁰

Además, el Derecho se propone como organizador de instituciones sociales, que termina conteniendo normas, esta vez organizativas, pero normas al fin y al cabo que deben seguirse e interpretarse lógicamente y apolíticamente, en conjunto con principios jurídicos pre establecidos, ya sea social o legislativamente, pero previos que brindan lógica y coherencia al ordenamiento jurídico; por ende, las consecuencias reales sociales en cuanto a esta concepción del Derecho, no resultaron en un cambio dramático con respecto a las consecuencias mencionadas del positivismo clásico. Esta nueva concepción, como dirían algunos Crits, terminaba legitimando Estado político y económico que tenían, no constituía un tropiezo al sistema, sino que buscaba la legitimización del status quo.³⁰¹

²⁹⁹ Ibidem, p.: 53

³⁰⁰ Ibidem, p.: 54

³⁰¹ Ibidem.

B. REALISMO JURÍDICO.

A mediados del siglo XX, después de haber experimentado y vivido de manera empírica los resultados de una aplicación formalista del Derecho, y más que esto, una concepción del Derecho basado simplemente en las normas escritas, pareciera que como regla de la historia surge un descontento generalizado, que promueve a escritos críticos sobre el Derecho, unos que buscaban tapar los baches que dejó la teoría positivista clásica del Derecho, que buscaban subsanar los daños, a partir de lo que podría verse como un positivismo mejorado, lo que ahora se conoce como post positivismo o corriente constitucionalista del Derecho, pero esto fue realizado por juristas que no querían botar toda la construcción doctrinal elaborada previamente por grandes pensadores.

Por otro lado están los juristas que sin importar lo que costara, sin importar la fama que obtendrían o mejor dicho, el desprestigio gremial y aún más las represalias que tendrían por parte de los sectores económicamente privilegiados; estos juristas decidieron criticar de manera tajante lo conocido y normalizado al momento, olvidándose de lo que era políticamente correcto o no.

Esto juristas apelaban a que el gremio dejara de buscar de manera utópica la objetividad de sus acciones, la purificación de su objeto de estudio, aceptando el hecho que como área del conocimiento que versa sobre una de las formas de actuar del ser humano, cómo se conduce y cómo se regula, proponían que se aceptara la necesidad de entender áreas del conocimiento humano como la historia, la filosofía, la sociología, la economía, que todas las anteriores fueran contempladas en los planes de estudio de los centros de enseñanza del Derecho, que formaran parte del currículum del jurista, todo esto para evitar la enajenación

del jurista de su entorno, para que se percatase de los cambios y las relaciones sociales que estaban ignorando, además de su responsabilidad social en cuanto a su quehacer jurídico.³⁰²

De acuerdo con esta nueva generación de juristas, los realistas del Derecho, los partidarios del Derecho libre, los Crits; la enseñanza del Derecho que había sido ignorada como parte importante del Derecho y todo lo que conlleva, era un momento del Derecho al que debía dársele tiempo y pensamiento, puesto que tenía una influencia en el sistema jurídico que al momento o se desconocía o se tenía en silencio por ciertos grupos políticos que querían resguardar su posición social y económica. Para el realismo jurídico una fuente de cambio del Derecho se encuentra en la academia, por lo que era necesario implementar cursos que educaran sobre la historia del Derecho, la filosofía del Derecho y la sociología del Derecho.³⁰³

En Alemania, después de una tradición formalista del Derecho, basada en una jurisprudencia de conceptos, que era lo que daba seguridad jurídica a los regulados, se pasa a manifestar y considerar con mayor importancia el fin del Derecho, según Rudolf Von Ihering y su jurisprudencia de intereses, es necesario entender el fin de la norma, el interés social para el cual fue pensada la norma, esto no siendo un fin o valor de carácter metafísico detrás de la norma, como era pensado por los filósofos que exponían sobre el naturalismo jurídico, sino que es un interés real social que motivo la creación de la norma, a partir del conocimiento de la práctica social es que se creó la norma.³⁰⁴

³⁰² Ibidem, p.: 52

³⁰³ Ibidem, pp.: 54-55

³⁰⁴ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas. *Ibid*, p.: 24

La tesis de Ihering, seguida por juristas como Kantorowicz y Geny, surge en búsqueda de subsanar los daños que generaba la aplicación formalista del Derecho como se estaba haciendo, enseñando un Derecho que lograra integrar la norma con la práctica y necesidad social, a partir de valores morales y políticos vigentes. Se buscaba una mayor fluidez y flexibilidad en cuanto a los instrumentos jurídicos para la solución de conflictos.³⁰⁵

Otra crítica social en este momento histórico, momento postguerra, fue al dogma de sujeción absoluta del juez a la ley positiva, y de la concepción de un juez que aplica mecánicamente el Derecho, a esto le criticaron haber consentido una perversión del orden jurídico, aprovechado por sistemas totalitarios, por lo que se pedía que se distinguiese entre la sumisión del juez a un orden normativo axiológicamente legitimado, de un juez siervo de cualquier tipo de legislación positiva³⁰⁶.

A partir del desarrollo teórico marxista, se logra desenmascarar la ideología política en la función judicial, lo que lleva a criticar la búsqueda implacable de una aplicación apolítica y objetiva de la ley por parte de los jueces, considerado un discurso para encubrir la legitimación de intereses políticos que fundamentaba sus decisiones.³⁰⁷

Esto ayuda a cambiar el paradigma socio jurídico a finales del siglo XX, de un Derecho legalista a un Derecho judicial, con ayuda de la proliferación de estudios sobre el momento de adjudicación del Derecho y paralelamente, el conocimiento de los jueces sobre la teorización de su actividad política y jurídica, puesto que se pudo constatar un cambio en las interpretaciones judiciales de conceptos jurídicos, a favor de sectores sociales no

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Ibidem.

privilegiados, utilizando cláusulas constitucionales al servicio de estas interpretaciones. Esto provoca a su vez, la crítica por parte de los legalistas, sobre la problemática en una autoconcepción por parte del juez como legislador, yendo en contra del sistema democrático y tendiente a una inseguridad jurídica.³⁰⁸

Los estudios socio jurídicos aportaron al Derecho el conocimiento de la función e implicación de cada uno de los sujetos del Derecho, de los estudiantes, de los profesores, de los jueces, de los civiles, entre otros; un ejemplo está en la comparación de Jerome Frank, reconocido jurista, sobre la necesidad de certeza jurídica que proclaman los juristas como solo una manifestación de una actitud infantilista, necesidad de seguridad y protección de un ente omnipotente, es reflejo de la falta de madurez de las personas e irresponsabilidad del jurista al no querer afrontar las consecuencias de sus actos, que son muchas a nivel social y relevancia, así como un médico tiene que vivir con la responsabilidad de una mala praxis, el jurista tiene que vivir con la responsabilidad de la privación de libertad de una persona durante los años más importantes de su vida.³⁰⁹

Tal vez una de las mayores manifestaciones sociales de esta concepción del Derecho realista ha tenido lugar en los países anglosajones, en donde el sistema jurídico es el Common Law, y la figura del precedente no tiene carácter de informador judicial o como herramienta meramente de estudio académico, sino que tiene autoridad como fuente del Derecho, este es uno de los fundamentos por el cual el estudio socio- jurídico del Derecho ha sido relevante

³⁰⁸ Ibidem, pp.: 25-26.

³⁰⁹ Ibidem, p.: 26.

en estos países, así como la aplicación de métodos sociológicos como informante a los juristas.³¹⁰

CAPÍTULO II. MARCO FILOSÓFICO DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA A PARTIR DE SU ACREDITACIÓN POR EL SINAES.

Después de haber identificado los métodos de enseñanza del Derecho utilizados por diferentes escuelas del Derecho, así como los efectos que tuvo en la sociedad su predominancia, será necesario identificar en cuál de estas se podría clasificar o identificar la enseñanza en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a partir del análisis de varios factores, tanto en su estructura y constitución en el papel, así como en la práctica. Por lo que primero se verá la facultad del lado de la administración, la política y estrategia a la que se adhiere en la teoría la facultad de Derecho.

Posteriormente, se analizará la posición del sector docente, puesto que si bien la administración les indica las “reglas del juego”, ellos tienen papel activo en la enseñanza, por lo que se revisará la coherencia facultad-docente, a partir de la revisión de su pensamiento plasmado en respuestas a una encuesta y en artículos de investigación publicados por estos, en caso de no haber sido parte del instrumento encuesta.

Antes de hacer este análisis de la situación actual, desde la acreditación por parte del Sistema Nacional de Acreditación de la Educación Superior, será necesario establecer qué criterio se tomará en esta investigación para la clasificación de una posición o afirmación,

³¹⁰ PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). El debate sobre la imagen y la formación del jurista: las teorías críticas del Derecho. *ibíd.*

discurso, entre otros tipos de mensajes con contenido comunicativo; como afirmaciones afines a cierta escuela o postura del Derecho.

Entonces, se clasificará o categorizará el discurso proveniente de los enunciados o mensajes que se encuentren en este capítulo, en las posturas o corrientes filosóficas del Derecho expuestas anteriormente; positivismo jurídico y realismo jurídico, de acuerdo con ideas comunes que se encontraron en el pensamiento de cada jurista y filósofo mencionado en el marco teórico de esta investigación, que se suscriben a dichas corrientes filosóficas; esto a partir del uso de la herramienta/software atlas.ti aplicado a esta parte de la investigación, para lograr obtener códigos en cada área de pensamiento o como se le denomina en esta metodología de análisis “categoría”, es decir, “categorías/códigos” encontrados en el Marco teórico.

Es así, como se considerará pensamiento positivista, ya sea escrito o verbal, aquel que cumpla al menos con los siguientes elementos, “códigos”:

El Derecho como ciencia autónoma que estudia el ordenamiento jurídico completo y coherente, compuesto por normas escritas que serán el Derecho positivo; además de valores jurídicos o principios jurídicos que se encuentran en la ley o la norma constitucional creadas por el legislador. Para el estudio y comprensión del mismo es necesaria la lógica y hermenéutica jurídica.

Por otro lado, se considerará pensamiento realista al que cumpla, al menos, con los siguientes elementos, “códigos”:

El Derecho como construcción social es parte de las ciencias sociales, compuesto por normas escritas y no escritas que expresan juicios de valor políticos, mismos que son

enunciados lingüísticos interpretables, incompletos e indeterminados, creados por las estructuras sociales y económicas que legitiman el Derecho otorgándole un carácter opresivo, justificante de la dominación de una clase social y el *status quo*.

Teniendo en consideración que en cada afirmación o discurso se podrá encontrar un poco de ambas corrientes filosóficas, entonces se utilizarán como códigos las afirmaciones anteriores que indicarán su debida categorización en positivismo jurídico o realismo jurídico. Posteriormente se analizará la frecuencia e intensidad de la aparición de estos códigos en cada mensaje encontrado, para así determinar la tendencia o predominancia de una corriente filosófica de parte de este sector.

Asimismo, el método explicado con atlas.ti, se aplicará al análisis de discurso, en artículos o publicaciones académicas realizadas por algunos docentes adscritos a la facultad, específicamente coordinadores de cátedra, aquellos que por alguna razón no hayan podido ser parte de la aplicación del instrumento encuesta, pero que por este medio igualmente se podrá analizar el pensamiento y posicionamiento filosófico predominante, reflejado en su razonamiento y escritura de dichas publicaciones sobre el Derecho.

SECCIÓN I. MARCO FILOSÓFICO DE ACUERDO CON EL SECTOR ADMINISTRACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERIDAD DE COSTA RICA.

A. FINES Y OBJETIVOS DE LA FACULTAD DE DERECHO COMO ESCUELA DE ENSEÑANZA, A PARTIR DE SU ACREDITACIÓN POR EL SINAES.

Entre los requisitos que solicitó el SINAES para aprobar la acreditación de la Facultad de Derecho, se encontraba establecer de manera formal, es decir, por medio de un documento que fuese de acceso público a la ciudadanía, a todos aquellos que quisieran ingresar a la carrera y además para la parte docente y administrativa, que guiara de manera explícita el

pensar de la facultad acerca de la carrera, y así que el funcionar de la facultad fuera coherente y hegemónico.

Este documento debía contener los marcos referenciales de la carrera, aunque no define qué es un marco referencial, sino que hace mención del mismo como si fuera de conocimiento absoluto y general por parte de todos, es decir, la existencia del término es casi empírica puesto que no requiere explicarse. También debía haber un documento que contuviera los fines y objetivos que persigue la facultad de Derecho, que sea armonioso con los objetivos y fines de la Universidad de Costa Rica, con lo que requiere el mercado laboral qué solicita de los profesionales que egresa la facultad de Derecho, y que contemplara las necesidades del estudiantado.

El documento fue realizado por la facultad aún sin tener la delimitación conceptual de lo que es un marco referencial; y de hecho, pareciera que la facultad decide no complicarse haciendo mención de esta delimitación puesto que el documento expone sin introducción alguna los marcos referenciales que delimitan la carrera, tal vez por cuestiones de tiempo, como se expone en la fundamentación de los marcos que se realizó en la reforma al plan de estudios del año 2005³¹¹, se trató de cumplir con el requisito de la manera más ágil y satisfactoria posible.

³¹¹ De acuerdo a: MODIFICACIÓN DE LA LICENCIATURA EN DERECHO. (2005). Vicerrectoría de Docencia, Departamento de Investigación y Evaluación Académica, Universidad de Costa Rica: *Dado que esta información debió incorporarse cuando el plan de estudio se reestructuró en el año de 1986, pero no se hizo debido a que la solicitud de esta información no era obligatoria en esos años, se consideró aprovechar esta modificación y se consideró pertinente pedir a la Facultad de Derecho que reflexionara sobre algunos de estos elementos, para que los adjuntara a la información enviada. No se solicitó todos los aspectos debido al proceso y tiempo que esto requeriría y por la necesidad imperiosa de aprobar esta modificación. Sin embargo, si se solicitó la mayoría de los elementos como la fundamentación, el marco epistemológico, los objetivos del plan de estudio y el perfil profesional, los cuales se adjuntan en el oficio DD-89-2005 del 25 de febrero del 2005.*

El documento emitido por la facultad de Derecho llamado “Propuesta de Reforma Parcial al Plan de Estudios. Marcos Referenciales.” Se divide en tres marcos: -marco socio profesional, -marco epistemológico, -marco pedagógico. Asimismo había sido clasificado en la reforma de 2005, y de hecho mucho del contenido ya establecido en aquel año fue utilizado en este documento aportado al SINAES.

La primera parte, sobre el marco socio profesional, se subdivide en dos secciones, la histórica y la profesional. En su sección de historia toma como parte del marco la descripción histórica de la facultad que hizo Hernán Esquivel Salas como investigación para la facultad, explicación que sí es nueva en el marco socio profesional, puesto que en el anterior marco socio profesional expuesto ante la vicerrectoría de docencia en el año 2005 no estaba contenido, sino que someramente se hacía referencia al desarrollo de la facultad de Derecho en el país. En su sección sobre el contexto profesional se utilizan datos del informe del Estado de la Justicia, realizado por el Estado de la Nación en el año 2015, lo que también es nuevo ya que sirve para fundamentar el objetivo de cierto perfil profesional, es decir, no solo porque es lo que la facultad quiere egresar como material humano, sino porque el Estado “nos” respalda.

En este marco referencial se trata no solo de contextualizar históricamente, el desarrollo y origen del facultad de Derecho en Costa Rica, sino también evidenciar la relación entre el Desarrollo del Estado democrático costarricense y el desarrollo de la Facultad de Derecho, es decir, argumentar y justificar la importancia de esta escuela de enseñanza en la historia costarricense. Según el informe la Universidad de Costa Rica como institución social, está ligada íntimamente con el desarrollo institucional del Estado de Derecho en Costa Rica.

Menciona este informe que a través de la historia se ha verificado el impacto e influencia que ha tenido la enseñanza del Derecho en la Universidad de Costa Rica, herencia de la primera escuela de enseñanza superior y enseñanza del Derecho que fue la universidad de Santo Tomás; esto en la calidad de enseñanza del Derecho en todo el país, creó una línea guía con su plan de estudios y un ambiente de competencia sano con las demás escuelas de enseñanza del Derecho.

Entre los objetivos de la facultad de Derecho y la Universidad de Costa Rica, en cuanto a los profesionales que educa y egresa, es cumplir con los estándares de los principales empleadores en el país y fuera de él, interesándose por el contexto social, político, cultural y tecnológico mundial.

En cuanto a las expectativas profesionales del mercado laboral en Derecho, menciona el informe que exigen una formación holística, que permita entender la realidad social en su complejidad, no solo el ámbito normativo jurídico. Sin embargo, la preocupación deviene del estudio realizado por el Estado de la justicia, que indicó haber un desfase entre las competencias requeridas en el aparato judicial y las que se desarrollan en la academia, de ahí la preocupación en la revisión del plan de estudio de la escuela de Derecho que más importancia e influencia a nivel costarricense ha tenido en el Estado, esta es la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

En el informe se trata de dar a conocer tanto al SINAES, como a todo aquel que haga lectura del mismo, que la enseñanza del Derecho fue importante, es, y será importante, puesto que está inmerso en la actividad social y evolución del Estado.

... la calidad de los estudios jurídicos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica va ser determinante para que el Estado y el Derecho logren proporcionar un sistema ideal de garantías y seguridad a los ciudadanos así como las vías idóneas para hacer posible que el país entre en un proceso de crecimiento económico - social, conforme a (sic) los mejores niveles de bienestar.³¹²

Entonces, entre los objetivos de la facultad de Derecho está formar un profesional que no solo adquiera conocimientos, sino desarrolle habilidades y actitudes, que le permita entender o analizar los cambios sociales de la actualidad y en el futuro, que se ajuste a las transformaciones sociales y que ejerza con compromiso social.

Para lograr esto, la Facultad de Derecho tiene por objetivo, con su plan de estudios, que el estudiante conozca la realidad del ejercicio profesional para formar actitudes, habilidades y destrezas necesarias para el ejercicio en la calle de la profesión. Es así como se puede contestar a la petitoria del SINAES de establecer un perfil profesional de salida, para dar a conocer a la ciudadanía y estar claros en cuanto al tema: “... *procurando graduar personas profesionales preparadas con mayores y mejores herramientas para enfrentar los cambios y con una visión que trascienda la simple observación técnica jurídica.*”³¹³

Después de haber explicado el marco social e histórico de la facultad de Derecho, y además el rol o importancia del profesional en Derecho para el Estado costarricense, se pasa a hacer mención del marco epistemológico de la carrera, uno de los más importantes al menos en esta investigación, ya que permite entender mejor el marco filosófico que se opta y se

³¹² MARCOS REFERENCIALES DE LA REFORMA PARCIAL AL PLAN DE ESTUDIOS, 2015.

³¹³ *Ibidem.*

decide aprender en la facultad de Derecho y, por ende, en la enseñanza del Derecho, a partir del 2015 con el nuevo plan de estudios.

El marco epistemológico se divide en tres secciones, la primera es la definición del objeto de estudio, la segunda el fundamento, posiblemente del Derecho aunque no especifica; la tercera sección se denomina la implementación del nuevo enfoque epistemológico al plan de estudios. Es importante rescatar en este marco, que al igual que con el aspecto “referencial” de los marcos, en este caso, no se hace mención o introducción de qué es un marco epistemológico o a qué se hace referencia al hablar de marco epistemológico; aunque sí se lee posteriormente un acercamiento a la definición del mismo. De acuerdo con el informe de los marcos referenciales para acreditación de la facultad de Derecho:

... se entiende epistemología como el conjunto de elementos de una teoría del conocimiento, esto es, los métodos y las formas en que ese conocimiento es posible. El problema es escoger cuál teoría será útil para construir las explicaciones del Derecho.³¹⁴

En comparación con lo expuesto en el año 2005 por la facultad de Derecho sobre el marco epistemológico, en el documento de ese año no se explica a qué se referirán al hablar del marco epistemológico, sino que se inicia explicando el marco político en el que se desarrolla la enseñanza del Derecho en Costa Rica, este es un régimen político democrático, que repercute en la vida ciudadana en todo nivel, así como en la educación costarricense.

Se dice que la enseñanza del Derecho es elemental para educar al ciudadano en cuanto a la vida republicana, el problema se encuentra en que la enseñanza del Derecho, según la

³¹⁴ *Ibidem*.

facultad de Derecho en el año 2005, se ha visto con bastante frialdad, los profesores solo hacen “dogmática”, y si se quiere compartir los ideales de la República es necesario “meditar” en el objeto de estudio y su metodología, ya que están ligados estrechamente con la concepción del Derecho que se tenga, aunque se podría enseñar solo la norma, siempre habrá una discusión sobre el fondo.

Es lícito pensar que esa discusión de fondo, no sólo no existe ni ha existido, como práctica sistemática, en la enseñanza del Derecho sino que es producto de –e incide en– una concepción de la realidad. Obviamente este señalamiento muestra, cae por su peso, que detrás de cada profesor hay una formación ideológica que permite o no realizar esa tarea. Esto se puede comprobar no sólo en los cursos que por su contenido, deben plantear la reflexión y discusión de problemas fundamentales (Introducción al Derecho, Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Teoría del Estado...), sino en aquellos con referente dogmático específico, en los que, aunque algunos suponen que no debería haber ni discusión ni reflexión, siempre la cosmovisión del profesor tiñe su explicación, aunque él mismo no se percate.³¹⁵

Según este marco epistemológico del año 2005, el criterio para formar profesionales en Derecho hasta ese entonces era formar técnicos, hábiles manipuladores de normas pero incapaces para medir la realidad, lo que genera un neo autoritarismo. La facultad de Derecho en ese momento manifestó el interés por cambiar el paradigma, formando un profesional reflexivo y crítico, e incluso manifiesta que no se concibe la ley como idealización, sino como un instrumento de conducción social con sentido. No se considera que la ley resuelva problemas, sino que provee mejores soluciones a problemas existentes. La ley tiene un fin,

³¹⁵ PROPUESTA DE ORGANIZACIÓN CURRICULAR. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005.

fue creada por un juicio de valor y no de existencia, es un acto de decisión valorativa impuesto coactivamente, ya sea por medio de cumplimiento obligatorio, indemnización o castigo.³¹⁶

En este momento histórico de la facultad se admite que no se puede estudiar el Derecho en cuanto a orden normativo exclusivamente, sino que es necesario considerar a las personas que crean y cambian el Derecho. También se establece que es necesario analizar el fin de la norma; todo esto en el marco epistemológico del año 2005.

Ahora, el informe sobre los marcos referenciales estipulado por la facultad de Derecho en el año 2015, al hablar del marco epistemológico se habla de paradigma de manera simultánea, y se explica que el uso del término “paradigma” es complicado ya que arrastra consigo una discusión teórica, así como el concepto de Derecho. Pero proceden a definir “paradigma” como “modelo”, “guía” u “orientación” de estudio, en este caso del Derecho, que influye en la creación de objetivos en su estudio y en la formación de juristas. El modelo o paradigma instruye, orienta y comunica la reforma del plan de estudios, la misión, la visión y el perfil del jurista egresado de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Habiendo explicado el uso de paradigma para referirse a una corriente epistemológica y filosófica que orienta el estudio y enseñanza del Derecho, la facultad menciona:

El modelo por superar es el normativista (específicamente lo propio del positivismo), en tanto presta demasiada atención a la literalidad del producto legislativo, a la norma como único parámetro hermenéutico, y desconoce los componentes sociales, así como las complejidades políticas que circundan el quehacer jurídico. En otras palabras, la nueva perspectiva teórica debe superar ese acercamiento tradicional, formalista, en el que lo extra

³¹⁶ Ibidem.

sistemático del problema normativo no es estudiado y donde (sic) los juristas se despreocupan del entorno social y de los demás factores metajurídicos.³¹⁷

Con respecto a la sección sobre el objeto de estudio del Derecho en el marco epistemológico de la facultad de Derecho del año 2015, se ahonda el tema ya que previamente, en el documento sobre el marco epistemológico del año 2005 no se dijo más que la importancia de tener en cuenta o en mente, el objeto de estudio del Derecho, ya que este será el que defina el plan de estudios. En contrario, en el informe emitido para acreditación del año 2015, se admite que la delimitación del objeto de estudio del Derecho y la concepción del mismo ha sido un tema de discusión histórica, lo que ha provocado que existan varias concepciones, y se procede a abarcar el tema.

El Derecho, en cuanto a disciplina del saber humano, no es fácilmente aprehensible, ya que a diferencia de los saberes cuyas reglas son causales, como en el positivismo se concibió, a partir del paradigma científico duro, el Derecho enfrenta algunos problemas en el plano lingüístico, metodológico y epistemológico. No existen datos fácticos de estudio por lo que es necesario hablar en términos intersubjetivos e irrenunciablemente ideológicos.³¹⁸

Una de las concepciones que existe del Derecho indica que es lo que una ley moral universal dicta. La problemática que se encontró con los años fue que no distingue entre moral y Derecho, por lo que hay una jerarquía, y el Derecho requiere de una norma moral previa para su existencia en la vida jurídica.³¹⁹

³¹⁷ Ibidem.

³¹⁸ MARCOS REFERENCIALES DE LA REFORMA PARCIAL AL PLAN DE ESTUDIOS, *ibid.*

³¹⁹ Ibidem.

Otra concepción fue la científica del Derecho, que postuló que el Derecho es el ordenamiento jurídico en sí, un sistema lógico completo y autosuficiente. Con los años, al encontrar ciertas falencias en dicha teoría, los adeptos al cientificismo decidieron aferrarse a esta concepción diciendo que si se rechazaba la idea de un estudio distinto del Derecho eso implicaría quitarle su calificación como ciencia, entonces no es conocimiento, y según los cientificistas, si no es conocimiento científico no es nada.³²⁰

Tiempo después se reaccionó ante tal formalismo, lo que provocó la formulación de una nueva concepción del Derecho, esta mencionaba que el Derecho es un hecho social, las normas jurídicas surgen a partir de procesos de interacción social y al ser convertidos en preceptos jurídicos, posteriormente tienen efectos en la sociedad. Entonces, el Derecho desde esta concepción se estudia a partir de los sujetos a quienes está destinada la norma, observando cómo los jueces utilizan las normas para resolver casos concretos.³²¹

Ahora, si bien hay diferentes concepciones del Derecho, el informe del año 2015 sobre los marcos referenciales, menciona que hay núcleos de significación común, que permiten referirse a una misma idea en cuanto a lenguaje y discurso, aunque también hay penumbra en muchos aspectos. La facultad de Derecho se adhiere o parte de la concepción del Derecho que explica en este marco referencial diciendo:

El Derecho es, ante todo, una disciplina normativa (se encarga de la regulación del comportamiento humano mediante pautas prescriptivas) que tiene como rasgo distintivo la existencia de un aparato institucional que impone -legítimamente- tales preceptos, incluso contra la voluntad de los particulares (coercitividad). Así, se distancia de otras disciplinas normativas

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Ibidem.

que, pese a que funcionan bajo un modelo idéntico de lógica deóntica (deber ser), no cuentan -en la práctica- con el respaldo de las potestades de coacción y coerción que el Estado brinda.³²²

Después de haber delimitado el objeto de estudio, y con esto haberse encuadrado en una concepción del Derecho, la facultad de Derecho decide hacer un recuento de los fundamentos del Derecho, al parecer filosóficos, que llevó a la facultad ubicarse en ese marco epistemológico, ya mencionado. Esta sección del informe se dividió en dos, los antecedentes epistemológicos o filosóficos y la “nueva visión”.

En cuanto a los antecedentes epistemológicos, menciona el informe que es importante repasar y tener en cuenta las bases filosóficas que llevó a desarrollar el Derecho como área del conocimiento. En el pasado el paradigma o referente filosófico era el positivismo, sin embargo no formalista, sino considerando que la norma era emitida por un ente político y tenía un marcado contenido ideológico, razón por la cual se consideró que había que hacer una lectura axiológica de la norma.³²³

En cuanto a la enseñanza del Derecho, era necesario hacer un análisis sobre la sociedad y sus dinámicas, que dan lugar a la creación de la norma y la aplicación de la misma; solo así el estudiante comprendería el fenómeno jurídico, no como una cosa aislada, sino como parte de la sociedad.³²⁴

Esto refleja la importancia de una postura filosófica, o como diría el informe “paradigma” epistemológico, para hacer referencia a una concepción del Derecho, pilar o

³²² MARCOS REFERENCIALES DE LA REFORMA PARCIAL AL PLAN DE ESTUDIOS, *ibid.*

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ *Ibidem.*

factor más importante en la educación y enseñanza del Derecho; así se explica en el informe en este marco referencial, emitido por la facultad de Derecho:

... repensar la orientación epistemológica de los estudios del Derecho requiere meditar acerca de varios aspectos importantes: a) los presupuestos filosóficos a partir de los cuales se ha trabajado un determinado punto de partida para conocer la “realidad” del fenómeno jurídico; b) las formas de problematización de los objetos de estudio y los procedimientos metodológicos para generar nuevo conocimiento; y, c) los instrumentos utilizados para la formación de los juristas.³²⁵

Entonces, habiendo repasado la antigua concepción del Derecho que predominaba y guiaba la enseñanza del Derecho en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, se pasa a hacer manifestación formal de cuál es la posición epistemológica actual, la que se adopta para hacer la reforma al plan de estudios en el año 2015, en la sección denominada “nueva visión”, haciendo un breve repaso de corrientes filosóficas y epistemológicas que guían el Derecho en los años más recientes.

El informe de marcos referenciales explica que la concepción del Derecho a partir del positivismo filosófico distorsionó el abordaje del objeto de estudio, limitando su estudio desde otros ejes, razón por la cual a finales del siglo XX surgen reaccionarios a tal concepción de mundo y se popularizan los paradigmas subjetivistas, el racionalismo y el empirismo idealista, el empirismo realista y el racionalismo realista. Estas son concepciones filosóficas desde las que se explica el mundo, y en este caso el Derecho.³²⁶

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ Ibidem.

Una de las críticas que surgió a finales del XX e inicios del siglo XXI fue la credibilidad que se le podía otorgar al conocimiento adquirido a partir de las investigaciones realizadas, en todo tipo de área del conocimiento, que quisiera llamarse así, “conocimiento”. Se considera importante tener presente la posibilidad de equívoco para obtener grados de corrección, esto sería la llamada verdad científica, aquella que resiste el falseamiento es una premisa científica provisoria.³²⁷

Posteriormente surge el neopositivismo como tendencia epistemológica, que concede importancia a los contextos de descubrimiento en la investigación, las circunstancias sociales, culturales y psicológicas que acompañan los descubrimientos. Un ejemplo de esta corriente epistemológica y su influencia en el estudio del Derecho, fue el desarrollo de una teoría argumentativa del Derecho, sobre el razonamiento judicial.³²⁸

De acuerdo con la sección sobre “la nueva visión” que se adopta en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en el año 2015, como posicionamiento epistemológico, se inclina hacia la praxis, una filosofía de la práctica, con objetivos pragmatistas y preocupación por el pensamiento práctico y la argumentación jurídica.³²⁹

El informe hace mención de algunos exponentes de esta nueva concepción filosófica o epistemológica de estudio del Derecho, como fundamento; que son Viehweg y Perelman, quienes explican la nueva retórica, que permite diferenciar los procesos de decisión de los casos y cómo incide esto en la praxis.³³⁰

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Ibidem.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Ibidem.

Otra corriente epistemológica “novedosa” sería el escepticismo metodológico o falibilismo, que afirma que no hay verdades definitivas, sin embargo esta corriente ha sido altamente criticada, razón por la cual ahora se habla del “vencimiento” de las teorías. También se menciona el paradigma epistemológico actual en Alemania y Europa, que es uno sociológico – realista, y el neo –institucionalismo.³³¹

Se explica que el realismo concibe el Derecho a través de la observación del trabajo del juez, la jurisprudencia, y analiza las metas sociales de la norma en tanto política y los demás mecanismos jurídicos. En cuanto al racionalismo, un ejemplo sería la teoría del discurso, como Habermas expone, lo importante es que el discurso jurídico sea racional. Habermas indica que es necesario estudiar el Derecho desde la filosofía y demás saberes, como la sociología.³³²

Según el informe la observación habermasiana aporta una intuición fundamental para la orientación de los estudios del Derecho, que permite a los estudiantes comprender la lógica del debate filosófico en punto a la disciplina. Por otro lado, los enfoques neoinstitucionalistas son otra forma de positivismo que pretende construir una ontología jurídica, en la que el marco normativo es para la interacción humana, el estudio del Estado y sus instituciones.³³³

Después de hacer un resumen de diferentes concepciones filosóficas del Derecho, se estipula en este informe que:

Si se tuviera que tomar partido por estos enfoques, la orientación iusfilosófica y epistemológica de la reforma al Plan de Estudios de la Facultad de Derecho se podría ubicar

³³¹ Ibidem.

³³² Ibidem.

³³³ Ibidem.

mucho mejor en el nivel de la discusión discursiva de Habermas y de la teoría de los sistemas de Luhmann, en una búsqueda constante por el referente social y discursivo; pues estos enriquecen la observación y crítica del fenómeno jurídico, especialmente de su aplicación e interpretación.³³⁴

B. METODOLOGÍA Y MÉTODOS DE ENSEÑANZA ELEGIDOS Y REFORMADOS A PARTIR DE LA ACREDITACIÓN POR EL SINAES.

El marco epistemológico y filosófico elegido por la facultad de Derecho en el año 2015, expuesto así para su acreditación en el informe emitido sobre los marcos referenciales de la facultad, indica que la implementación de esta concepción del Derecho se ve reflejado en el plan de estudios, en el que se da énfasis al aspecto investigativo como mecanismo de producción de conocimiento, herramienta indispensable para el operador jurídico.³³⁵ Entonces, para hacer efectivo el pensamiento sobre el Derecho y los objetivos que tiene la facultad, es necesario aplicarlo en materia metodológica, en los métodos docentes de enseñanza, razón por la cual se establece el cambio o reforma en cuanto al “marco pedagógico” de la facultad.

El marco referencial pedagógico de la facultad, se divide en dos secciones, una que versa sobre el paradigma cognitivo y otra sobre los principios del modelo pedagógico constructivista y su metodología de evaluación. Esto porque el paradigma pedagógico que prevalecía en la época que antecedió a la reforma y acreditación del año 2015 era uno conductista.

De acuerdo con el informe, si se cambia de fundamento epistemológico y concepción del Derecho con la que se observará e identificará el objeto de estudio, entonces el paradigma

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ Ibidem.

pedagógico debe ser coherente con el mismo, porque este guía la enseñanza del Derecho; es así como se considera pertinente reformar el paradigma pedagógico a uno constructivista, que concibe el aprendizaje como un proceso de construcción de conocimiento y no solo de transferencia o asimilación asociativa de conocimiento.³³⁶

Asimismo, se toma como fundamento de la reforma a nivel pedagógico, el informe del Estado de la Justicia del año 2016, que señala la existencia de brechas importantes entre las competencias formativas que alcanzan los planes de estudios de la carrera de Derecho y las exigencias para asumir funciones como Jueces, Fiscales y Defensores, aspecto que también se refleja en la demanda que realiza el sector privado.³³⁷

En específico, el informe del Estado de la Justicia, emitido en el año 2016, indica que el régimen político, sistema jurídico y funcionamiento administrativo de Costa Rica, que se enmarca en una independencia jurídica y visión democrática, requiere que el plan de estudios de la carrera de Derecho abarque la enseñanza sobre temas democráticos como dignidad humana, Estado social y democrático, así como administración de justicia. De acuerdo con el análisis de este informe, la mayor parte de universidades cubre el último rubro, la administración de justicia, pero dejan a un lado los dos primeros temas.

La independencia jurídica, según el informe del Estado de la justicia del año 2016, se puede descomponer en ordenamiento jurídico, Estado de Derecho, ámbito jurisdiccional e imparcialidad, pero se da énfasis al ordenamiento jurídico, y se deja a un lado los últimos tres temas. Por otro lado, al parecer el Poder Judicial requiere de habilidades blandas como lo es el humanismo, conciencia social, ética, transparencia, servicio público de calidad,

³³⁶ *Ibidem.*

³³⁷ *Ibidem.*

liderazgo y razonamiento crítico y lógico, todo para fortalecer el reconocimiento real de la dignidad humana en un Estado social y democrático, pero al desarrollo de estas habilidades tampoco se le da importancia en las universidades que imparten la carrera Derecho.³³⁸

Según el marco pedagógico de la facultad de Derecho, en su sección sobre el paradigma cognitivo, es necesario abandonar estrategias de modelos aplicacionistas, que se caracterizan por ser adiestrador, autoritario y vertical, y pasar a modelos más regulativos, más dinámico, horizontal y participativo.³³⁹

La facultad de Derecho en su informe sobre los marcos referenciales para acreditación del SINAES, adopta el modelo pedagógico constructivista, que consiste en:

- Plantear problemas y promover la discusión sobre estos.
- Brindar la oportunidad de coordinar diferentes puntos de vista.
- Orientar hacia la resolución de situaciones problemáticas.
- Estimular la formulación de conceptualizaciones para el dominio del objeto de conocimiento.
- Propiciar redefiniciones sucesivas hasta alcanzar un conocimiento próximo, socialmente establecido.
- Promover en la vida cotidiana que los estudiantes se planteen nuevos problemas.³⁴⁰

Con este nuevo paradigma se observa al alumno como un participante activo, independiente, apto para establecer relaciones entre sus preconceptos y la nueva información, que logra reestructuraciones cognitivas y da significado a situaciones de su entorno. En cuanto al docente, es facilitador y mediador para el alumno.³⁴¹

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Ibidem.

El método elegido es todo aquel capaz de crear ambientes y experiencias de afianzamiento, que permita la investigación, así el estudiante construye sus propios contenidos de aprendizaje. Como instrumentos se propone y establece como obligatorio el uso de actividades heurísticas, mapas conceptuales, actividades lúdicas, y demás que promuevan el proceso de enseñanza-aprendizaje.³⁴²

Por otro lado, se cuenta con la explicación del profesor Alex Solís, quien se dedicó a realizar un ensayo sobre las carencias de la enseñanza del Derecho en Costa Rica, esto para facilitar el proceso de acreditación al que se sometió la facultad en ese tiempo. De acuerdo con el señor Solís, la enseñanza del Derecho debe estar centrada en los estudiantes, a quien les llama “el alfa y la omega” en cuanto al tema de la enseñanza. Para lograr este cambio es necesario que el estudiante pase de ser un subordinado e ignorado en la clase, a ser arquitecto y responsable del aprendizaje, no dejando solo al estudiante, sino que el profesor pasa de ser el protagonista de la clase a fungir como mediador y facilitador de conocimiento.³⁴³

El objetivo de cambio metodológico según Solís es “*crear una atmosfera de confianza que estimule a los estudiantes a pensar en voz alta, a preguntar y pelearse con sus pensamientos, sin la amenaza de ser calificados o de no conseguir hacerlo bien.*”³⁴⁴Entonces, con esto se logra que el estudiante aprenda a aprender, gane autonomía y se comprometa con el aprendizaje, lo que no es fácil para estudiantes con inseguridades al hablar, precisamente

³⁴² Ibidem.

³⁴³SOLÍS FALLAS, Alex. (2014). CRÍTICA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. 1° ed. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica. Pp.: 70-73.

³⁴⁴ Ibidem, p. 74.

por esto es responsabilidad del profesor fomentar la atmosfera de confianza y comodidad, para enseñar a aprender.³⁴⁵

Algunos de los métodos que propuso Solís fueron: asistencia a juicios, visitas a instituciones, debates, foros, trabajos de investigación, análisis de jurisprudencia, resolución de casos prácticos y simulación de juicios. El resultado de esta combinación de métodos será un estudiante con capacidad analítica, crítica y creativa.³⁴⁶

SECCIÓN II. MARCO FILOSÓFICO DE ACUERDO CON EL SECTOR DOCENTE DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.

En esta sección se hará un análisis de la posición filosófica del sector docente de la facultad de Derecho de la UCR, debido a que, como se determinó previamente en esta investigación, la enseñanza del Derecho y los juristas académicos son sujetos activos e importantes en la creación del Derecho, por lo que no se puede estudiar meramente la documentación normativa administrativa y analizar estos instrumentos, para determinar una corriente filosófica que guía estos trabajos, sino que es necesario determinar la posición de las profesoras y profesores, quienes si bien tienen un plan otorgado y estructurado que seguir, a la hora de enseñar todo quedará en su concepción del Derecho la manera en que se vaya a enseñar el mismo.

Es decir, el elemento subjetivo del docente tiene un papel importante en el conocimiento por explicar y no es lo mismo, por más que todos los planes de estudio digan lo mismo y se les imparta a todos los docentes el mismo plan de estudio. Por lo anterior, será necesario analizar encuestas realizadas a los profesores, esto en la parte “A” de esta sección,

³⁴⁵ Ibidem.

³⁴⁶ Ibidem, pp.: 75-76.

analizar el contenido de las respuestas a esta encuesta para identificar a qué corriente filosófica se inclinan, de acuerdo con el pensamiento expresado en forma de respuesta.

Por otro lado, en la parte B de esta sección se hizo un análisis de discurso, por medio de la revisión de publicaciones académicas realizadas por algunos docentes adscritos a la facultad, específicamente coordinadores de cátedra, para tomar una muestra representativa del sector docente, analizando el pensamiento y posicionamiento filosófico reflejado en su escritura y razonamiento, en dichas publicaciones sobre el Derecho.

A. ANÁLISIS DE LA TENDENCIA FILOSÓFICA DOCENTE A PARTIR DEL RESULTADO DE LA ENCUESTA COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN

Se realizó una encuesta que constó de tres preguntas generales sobre el Derecho y sobre asuntos cotidianos en el ejercicio del Derecho. Una pregunta teórica y dos casos ficticios³⁴⁷, de los que se analizará el contenido de la respuesta con base en la categorización ya mencionada al inicio de este capítulo II, sus códigos, y por último la medición de la presencia y frecuencia de estos códigos en cada respuesta, para identificar a qué corriente filosófica tiende dicha respuesta.

³⁴⁷ Ver cuadro 3.

1. ¿Qué tendencias o posiciones sobre el Derecho conoce y a cuál se suscribe usted y por qué?

2. Al día de hoy no se ha logrado aprobar una ley que autorice el servicio UBER en el país, pero siguen ejerciendo el comercio, puesto que la empresa tiene domicilio físico y miles de conductores trabajando en la empresa. Por lo que un taxista, disgustado y harto de la situación que piensa es injusta para él y todo su gremio, decide acudir a usted para que lo represente legalmente y demande a la compañía UBER, por competencia desleal ya que sus precios no han sido controlados o regulados por el ARESEP, en conjunto del (sic) MEIC, sino que ha sido antojadizo y está provocando daños a él y todos sus colegas taxistas, manifiesta que un día estando él estacionado sin viajes durante el día, había un posible cliente a la par del vehículo, buscó un UBER, para que lo llevara a 1km de distancia de donde se encontraba, el UBER le cobra 1,005.00 colones, el taxímetro para la misma distancia cobra 1,900.00 colones, que podría incrementar si hay tráfico alto. Indica que el posible cliente optó por UBER puesto que la tarifa era significativamente baja, lo que evidencia competencia desleal puesto que la tarifa del taxímetro es impuesta, misma que cubre el impuesto que debe pagar el taxista de acuerdo a (sic) ley. En cambio, el conductor UBER por no pagar impuesto, puede cobrar significativamente menos, por lo que es competencia desleal.

¿Qué haría usted, cómo lo asesoraría, qué respuesta le daría o de iniciar un proceso, cuál sería y en qué lo basaría o justificaría legalmente?

3. Isabel Gutiérrez, de 37 años de edad, quien se dedica al hogar, esposa de John Elizondo, 40 años de edad, quien es mecánico automotriz; interpone proceso de divorcio por sevicia, indica que se casaron en el año 2007 y en el 2010 tuvieron un hijo, Jonathan Elizondo Gutiérrez; posteriormente en el año 2013 compraron un carro que está a nombre de John Elizondo.

Isabel interpuso proceso de violencia doméstica en abril 2018 y se le otorgaron medidas de protección a su favor. En junio 2019 Isabel solicita se declare el divorcio por sevicia, ante juzgado de familia respectivo, en el que usted funge como juez y le es asignado el expediente. Isabel argumenta que su esposo desde el año 2014 la agrede psicológicamente diciéndole que no sirve para nada, que está gorda, que debería agradecer que está con ella porque así como está de gorda y maltratada nadie la querría, entre otras formas de agresión probadas en proceso de violencia doméstica.

¿Cómo resolvería usted. como juez de familia?

Cuadro 3. Fuente: Elaboración propia.

Si bien inicialmente se buscó realizar la encuesta a los directores de cátedra de la Facultad de Derecho, la aplicación de este instrumento se vio obstaculizada primeramente por la agenda de los profesores, algunos por motivo de su investidura como jueces de la

República y otros argumentaron que no responderían a lo que más que una encuesta, consideraron era un examen de conocimiento, lo que al parecer les ofendió de algún modo.

Posteriormente, con la propagación del virus SARS-CoV-2, primeramente en China en diciembre 2019, y en el resto del globo terráqueo a inicios de 2020; con lo que causó una grave crisis sanitaria a tal punto que se elevó a carácter de Pandemia por la Organización Mundial de la Salud, provocó el cambio de la cotidianeidad y la enseñanza en todos los centros educativos del mundo, por lo que los profesores y estudiantes se vieron obligados a quedarse en casa, algunos por cuarentena como mandato estatal, otros por cuarentena voluntaria, lo que afectó la aplicación de esta encuesta de manera presencial, y si bien se intentó por medios electrónicos, muchos docentes mostraron desinterés en la colaboración investigativa.

Habiendo dado un contexto sobre la realización de esta encuesta, solo queda decir que al final se obtuvo un total de 31,81 % de las respuestas esperadas, razón por la cual se adecuó el método de investigación, a una combinación de dos tipos de análisis, el primero el análisis cualitativo de contenido de las respuestas obtenidas en esta encuesta, unido con el análisis de discurso de publicaciones realizadas por los profesores que no contestaron a la encuesta, de esta manera también se pudo analizar el pensamiento y su tendencia filosófica a través de su discurso, lo que se expondrá en la parte B de esta sección.

Ahora, de los resultados obtenidos, la mitad de ellos por medio de la herramienta *Google formularios* y la otra mitad de manera presencial³⁴⁸, grabando las respuestas con autorización previa de los profesores que resolvieron la encuesta, grabaciones que

³⁴⁸ La encuesta se realizó en el mes de noviembre 2019, previo a la Pandemia de SARS-CoV-2, que inició como epidemia en China, diciembre 2019.

posteriormente fueron transcritas en su literalidad, para su análisis en conjunto con las respuestas escritas en *Google formularios*.

Del trabajo mencionado anteriormente, se logró determinar que la tendencia filosófica del área docente, al menos respecto a los representantes de cada cátedra en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, tomados como muestra instrumental; la tendencia es a una concepción positivista del Derecho, partiendo del positivismo como aquel que entiende el Derecho de la siguiente manera:

El Derecho como ciencia autónoma que estudia el ordenamiento jurídico completo y coherente, compuesto por normas escritas que serán el Derecho positivo; además de valores jurídicos o principios jurídicos que se encuentran en la ley o la norma constitucional creadas por el legislador. Para el estudio y comprensión del mismo es necesaria la lógica y hermenéutica jurídica.³⁴⁹

El resultado se obtuvo a partir de la aplicación de la técnica de investigación “análisis cualitativo”, utilizando como herramienta el software *Atlas.ti* versión 8, en el que se estableció como códigos las características mínimas mencionadas en la concepción anterior y otros códigos obtenidos del análisis de contenido realizado a las diferentes teorías obtenidas en esta investigación sobre el positivismo jurídico.³⁵⁰ Estos códigos son:

- Abogado aplicador del Derecho
- Ciencia del Derecho
- Derecho como ciencia autónoma
- Derecho como manifestación del Estado

³⁴⁹ Ver introducción al capítulo II, de la presente investigación (página 155).

³⁵⁰ Ver Marco Teórico de la presente investigación (página 18).

- Derecho objetivo
- Derecho positivo
- Hermenéutica jurídica
- Juez aplicador del Derecho
- Lógica jurídica
- Método jurídico
- Normas creadas por el legislador
- Normas escritas
- Ordenamiento jurídico coherente
- Ordenamiento jurídico completo
- Principios constitucionales
- Principios jurídicos
- Valores constitucionales
- Valores jurídicos
- Vida jurídica
- Voluntad del legislador

Por otro lado, en este análisis evidentemente también se utilizó la codificación de la corriente filosófica del Realismo jurídico, concepción del Derecho considerada de la siguiente manera:

El Derecho como construcción social es parte de las ciencias sociales, compuesto por normas escritas y no escritas que expresan juicios de valor políticos, mismos que son enunciados lingüísticos interpretables, incompletos e indeterminados, creados por las

estructuras sociales y económicas que legitiman el Derecho otorgándole un carácter opresivo, justificante de la dominación de una clase social y el status quo.³⁵¹

De esta concepción se obtuvo los siguientes códigos:

- Derecho como ciencia social
- Derecho como enunciados lingüísticos interpretables
- Derecho como herramienta de status quo
- Derecho como justificante de dominación de clase
- Derecho compuesto por normas escritas y no escritas
- Derecho creado por la economía
- Derecho creado por la sociedad
- Derecho expresa juicios de valor políticos
- Derecho herramienta de opresión y coacción
- Derecho incompleto
- Derecho indeterminado
- Elemento subjetivo del Derecho
- Norma como valoración

Al revisar las respuestas obtenidas en las encuestas, analizando en la argumentación la aparición de alguno de estos códigos, se logró apreciar que los profesores no mantenían una inclinación totalmente pura hacia una posición filosófica, sino que podían dividirse por dos concepciones, compartiendo códigos de diferentes categorías (estas son las corrientes filosóficas del Derecho en cuestión), sin embargo, también se encontraron argumentos que

³⁵¹ Ver introducción al capítulo II, de la presente investigación (página 155).

tendían a un naturalismo jurídico, lo que fue una sorpresa al realizar estas encuestas, puesto que se partió de una hipótesis que no contempló la inclinación hacia esta corriente filosófica del Derecho, por considerarse antigua y superada, pero que con los resultados obtenidos queda claro la pluralidad de pensamiento en la facultad de Derecho y la necesidad de continuar con estudios de este tipo, que informen a la población y el gremio jurista, permitiendo tener una visión más o menos completa, para ejercer su pensamiento no solo de manera responsable sino con conocimiento, con una voluntad informada.

Debido a la aparición de argumentos tendientes al naturalismo jurídico, se tuvo que crear algunos códigos sobre esta corriente filosófica, que fueron los que correspondían a los argumentos encontrados en las encuestas:

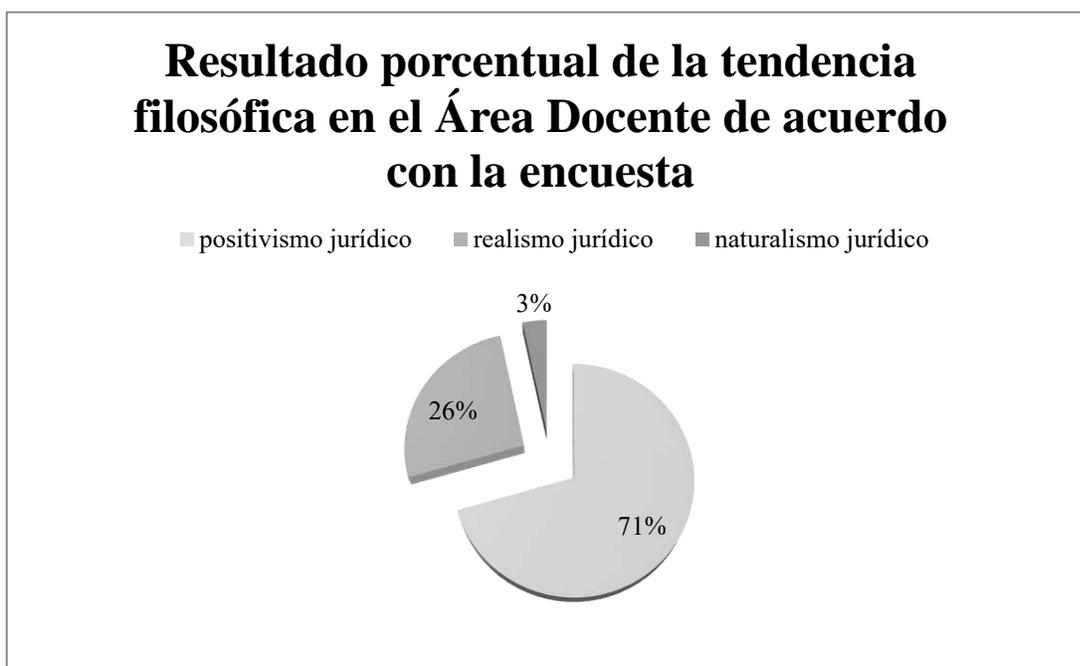
- Derecho natural
- Moral cristiana supra al Derecho
- Normas divinas
- Normas morales
- Valores divinos

Después de haber analizado las respuestas con respecto a estos códigos, se logró identificar que menos de la tercera parte de las respuestas corresponden a un pensamiento realista, el 71% de las respuestas son tendientes a un positivismo jurídico y sorpresivamente hay un porcentaje, mínimo, pero existe aún un porcentaje partidario a un naturalismo jurídico.

Esto evidencia que no hay una división más o menos igualitaria entre la cantidad de profesores que se adhieren a un pensamiento positivista y los que se adhieren al pensamiento realista, corrientes filosóficas del Derecho que como se vio anteriormente, son

contemporáneas en cuanto a sus más recientes desarrollos; a pesar de esto, no hay una pugna de pensamientos real, la predominancia y por decirlo de manera metafórica, lo que gobierna en la facultad, si se considera esta muestra como representación del pensamiento docente, es el pensamiento positivista. Solo unos pocos profesores difieren o consideran el realismo jurídico a la hora de expresar un razonamiento argumentativo, por lo que si se sigue con la metáfora, la influencia de su pensamiento en la educación se ve debilitada.

Los resultados obtenidos en la encuesta, se aprecian en el siguiente cuadro:



Cuadro 4. Fuente: Elaboración propia a partir de resultados del instrumento encuesta, aplicado al sector de directores de cátedra, facultad de Derecho, UCR.

Los códigos que se vieron mayoritariamente aplicados en cuanto a la corriente positivista, fueron los siguientes, con una reiteración de más de 14 veces:

-Abogado aplicador del Derecho.

-Derecho objetivo.

-Derecho positivo.

-Normas escritas.

-Valores constitucionales.

Con respecto a la corriente realista del Derecho, los códigos con mayor aplicación, con una repetición mayor que siete veces son:

-Derecho como ciencia social.

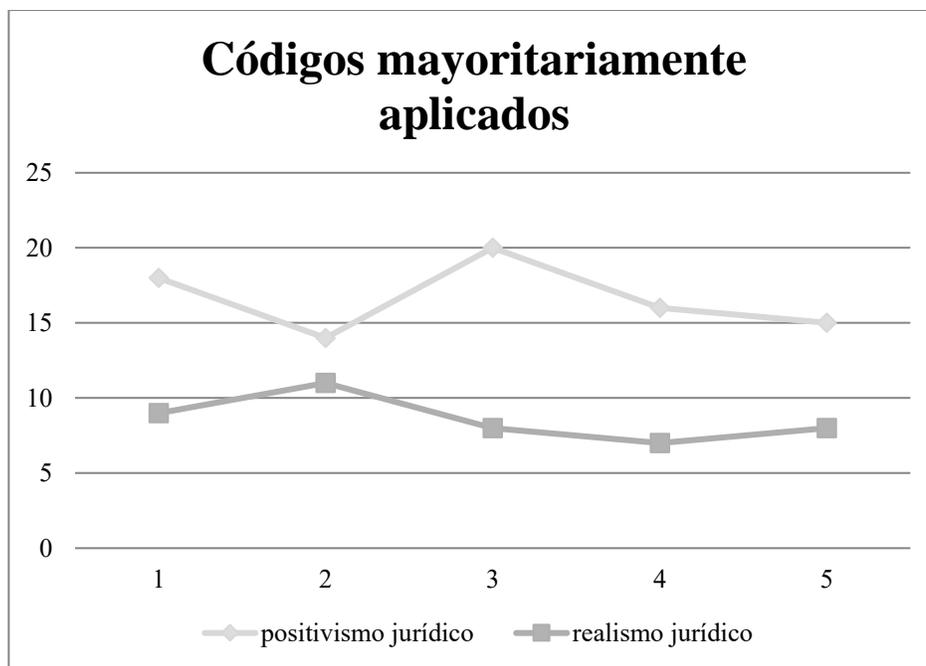
-Derecho creado por la sociedad.

-Derecho expresa juicios de valor políticos.

-Derecho indeterminado.

-Elemento subjetivo del Derecho

En el siguiente cuadro se aprecia el fenómeno de reiteración de códigos, en cuanto a cada corriente mencionada, tomando como muestra los cinco códigos más aplicados en cada corriente como se mostró anteriormente:



Cuadro 5. Fuente: Elaboración propia a partir de resultados del instrumento encuesta, aplicado al sector de directores de cátedra, facultad de Derecho, UCR.

Con los datos desplegados en los cuadros, realizados con contenido estadístico de una muestra por parte del sector docente de la facultad de Derecho, se puede afirmar, a manera de un primer acercamiento, que el pensamiento positivista es predominante en la enseñanza del Derecho en este centro de educación superior, sin embargo, se acepta en esta investigación que esto es apenas una muestra, por lo que el estudio no es definitivo y no puede ni debería acabar aquí.

Asimismo, se concluye que si la corriente de pensamiento predominante en la facultad es el positivismo jurídico, pensamiento que guía a los directores de cátedra, mismos que se encargan de homogenizar los métodos y contenido por utilizar en dichas materias, entonces como se analizó en el capítulo anterior, sobre los métodos de enseñanza típicamente utilizados en la época de apogeo del positivismo jurídico, así como por los post modernos

positivistas, la metodología a la que se inclinan mayoritariamente estos profesores sería una metodología formalista y tradicional, basado en el aprendizaje de conceptos y doctrina.

Para una mejor comprensión de lo que se entiende por metodología tradicional y aun mejor adaptada a la realidad de la facultad de Derecho de la UCR, describió el profesor Solís Fallas en el año 2014:

En nuestro país el proceso educativo, en su dimensión docente, ha sido dirigido por una metodología unidireccional, centrada en el docente, la clase magistral, el aprender memorístico, el examen escrito y, como si no fueses ya de por sí muy grave lo dicho, con muy poca participación del estudiante. Como diría María Montessori, nos encontramos ante un sistema donde los alumnos se colocan en el aula, “unos detrás de otros y todos orientados hacia el profesor” [...] “como meros receptores de conocimiento”.³⁵²

Este método de enseñanza se caracteriza por ser unidireccional en una típica clase magistral, en la que el profesor es el dueño y señor del conocimiento, y los estudiantes vasallos deben estar en silencio y apuntar, además de memorizar para replicar lo dicho por el profesor en el examen escrito, lo que es normal para un pensador positivista que ve en el Derecho una ciencia de conceptos.

B. INCLINACIÓN FILOSÓFICA DOCENTE A PARTIR DEL ANÁLISIS DE DISCURSO DE SUS PUBLICACIONES ACADÉMICAS.

En esta parte “B” de la sección II, capítulo II, se realizó un análisis de discurso para identificar la tendencia filosófica de los docentes directores de cátedra, que no hayan resuelto la encuesta y no se haya logrado identificar su posicionamiento por medio del resultado anterior. Profesores que se encuentran registrados en cursos como Introducción al Derecho,

³⁵² SOLÍS FALLAS, A. *ibid.* p. 46.

Derecho privado, Derecho civil, Derechos reales, Derecho procesal civil, Derecho comercial, Derecho de bolsa, ejercicios jurídicos, razonamiento jurídico, métodos de investigación jurídica, Derecho constitucional, Derecho administrativo, teoría del Estado, Derecho agrario, Derecho procesal agrario, Historia del Derecho y Derecho de familia.

Por lo que se puede observar que se hará un análisis de la tendencia filosófica, de lo que en sentido lato llaman Derecho privado, público, social y lo que a nivel de facultad se denomina metodología y razonamiento jurídico; diferentes áreas de estudio del Derecho, para identificar la inclinación o predominancia filosófica del Derecho a nivel general en la facultad de Derecho, lo que unido a los datos de la parte “A” de esta sección, dará una primera impresión de la tendencia filosófica utilizada para enseñar Derecho en esta institución de educación superior.

El método utilizado fue un análisis cualitativo por medio de la herramienta/software *atlas.ti*, con el que se codificó y categorizó cada artículo de investigación publicado por directores de cátedra. En total fueron 12 artículos³⁵³, es decir, el otro 68,19% de los directores de cátedra que no participaron en la encuesta.

³⁵³ ALPIZAR MATAMOROS, Vilma. Virginia Marten Pages: la primera abogada de la universidad de costa rica. *Revista Estudios*, vol. 24, Universidad de Costa Rica, 2011. Costa Rica.
ALVAREZ HERNANDEZ, Frank. La autonomía municipal costarricense: ¿participativa y representativa? *Revista Judicial*, n°94, diciembre 2009. Costa Rica.
ARIAS CASTRO, Tomás F. El delito de duelo en costa rica (análisis histórico-jurídico). *Revista Judicial*, n°101, setiembre 2011. Costa Rica.
CHAVES CORRALES, Pedro B. Libro electrónico. *Revista de ciencias jurídicas*, n°118, enero-abril 2009. Costa Rica.
ESTRADA NAVAS, Carlos Manuel. Pericia balística en sede penal. *Revista Judicial*, n°93, setiembre 2009. Costa Rica.
LOPEZ GONZÁLEZ, Jorge (s.f). apelación diferida. Costa Rica
MEZA LAZARUS, Alvaro. Consideraciones acerca de los agronegocios. *Revista judicial*, n°99, marzo 2011. Costa Rica.
MIRANDA BONILLA, Haideer. El acceso a internet como derecho fundamental. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, n°15, 2016. (lugar desconocido).

El resultado fue menos diferenciado con respecto al resultado de la encuesta, además que no se encontraron argumentos correspondientes a la corriente natural del Derecho, sin embargo, sigue cumpliéndose la hipótesis inicial de esta investigación, que fue la tendencia positivista de la carrera de Derecho, esto se prueba con un porcentaje estadístico de 60% tendiente a un positivismo jurídico, en comparación con un 40% tendiente a un realismo jurídico, y un 0% en cuanto al naturalismo jurídico. Como se puede observar en el siguiente cuadro, el realismo jurídico sigue siendo minoritario en cuanto a pensamiento de los docentes, lo que como ya se evidenció en esta investigación, está íntimamente ligado con la enseñanza del Derecho y el “producto” obtenido de la facultad, las nuevas generaciones que se licencian en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

MORENO BUJAN, Marcela. Análisis de los conceptos de reconstrucción, resolución y reconciliación desde los postulados de la Escuela TRANSCEND de investigación para la paz. *Revista latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27(1), I semestre 2016. Argentina.

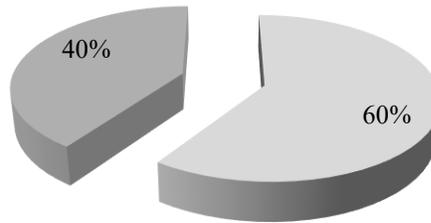
MUÑOZ MUÑOZ, Marcela. Un centro cívico o el requiem del patrimonio urbano costarricense. *Revistarquis*, vol. 6, n° 1, 2017. Costa Rica.

ORDOÑEZ CHACÓN, Jaime (2012). Transparencia administrativa y el acceso a la información. MEMORIA-XXIV Congreso archivístico nacional, Archivo nacional de Costa Rica.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio. El deslinde competencial entre el tribunal supremo de elecciones y la sala constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos. *Revista Derecho Electoral*, n°12, segundo semestre 2011. Costa Rica.

Tendencia iusfilosófica de acuerdo con análisis de discurso de artículos investigativos

■ positivismo jurídico ■ realismo jurídico



Cuadro 6. Fuente: Elaboración propia a partir de resultados del análisis de discurso, a artículos de investigación de directores de cátedra, facultad de Derecho, UCR.

En razón de que el instrumento de investigación utilizado fue de mayor amplitud con respecto a las respuestas obtenidas en las encuestas, se evidencia una repetición de códigos mayoritaria, sin embargo, brindó una mayor capacidad de análisis por la cantidad de contenido, además de ser un contenido un poco más pensado por parte de los docentes (o al menos eso se espera, al ser un artículo de investigación publicado), en vez de ser una respuesta brindada “a la ligera”, rápidamente para salir de la tarea, o con una aversión al instrumento por un sentimiento de superioridad, desinterés, entre otros factores que pudieron haber afectado a la hora de realizar la encuesta en *google formularios*. Esto sin mencionar el nerviosismo que puede provocar el realizar una encuesta presencial, sabiendo que está siendo grabada, sin tanta presión como lo sería una grabación visual, pero que no deja de incidir el nerviosismo al saber que el audio sí está siendo grabado.

En fin, se puede inferir que los artículos de investigación cuentan con contenido más sincero y transparente, en cuanto a la ideología y posicionamiento filosófico que fundamenta los argumentos y razonamiento del jurista. En este caso específico, si bien hubo una mayor aparición de códigos realistas, no se comparó con la presencia del positivismo, fenómeno que se puede ver en el siguiente cuadro, en el que aparece la cantidad de repeticiones de los códigos, pero solo aquellos que superaron 50 repeticiones. Razón por la cual se puede ver que la línea del realismo es corta, ya que son pocos los códigos encontrados en los artículos, que hayan superado las 50 apariciones.

Los códigos mayoritariamente encontrados de positivismo jurídico, que superaron al menos 50 repeticiones, fueron los siguientes:

- Ciencia del Derecho

- Derecho como manifestación del Estado

- Derecho positivo

- Método jurídico

- Normas escritas

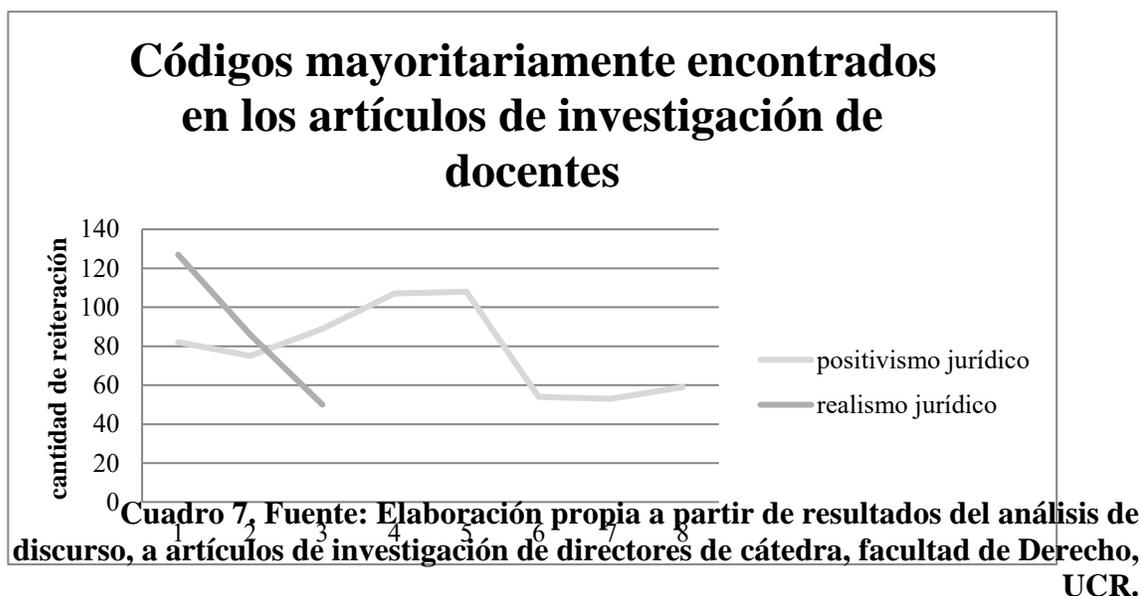
- Ordenamiento jurídico coherente

- Principios jurídicos

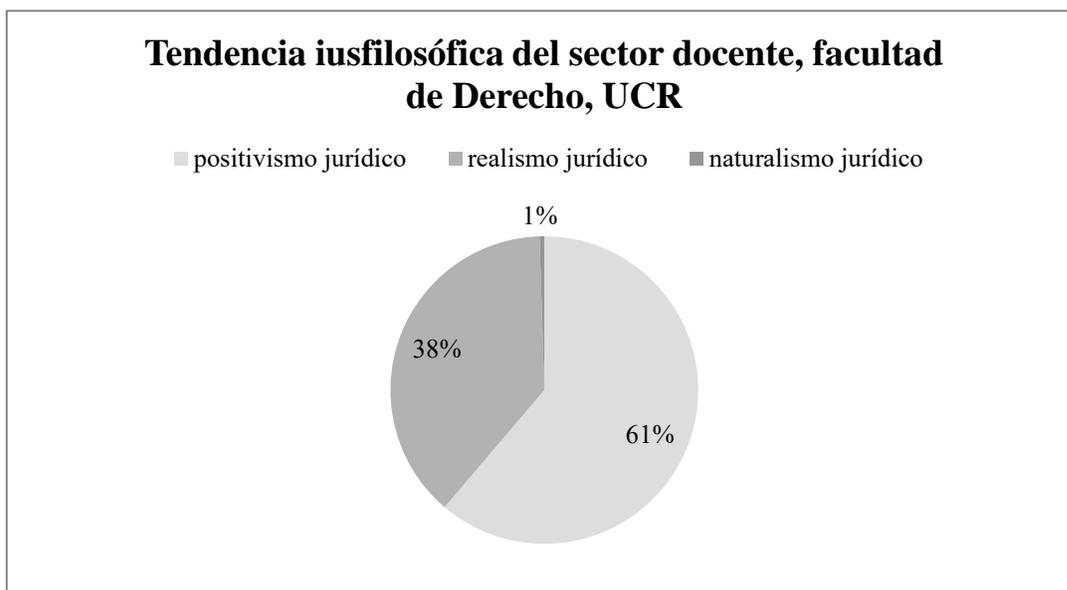
- Valores constitucionales

Los códigos mayoritariamente encontrados de realismo jurídico, que superaron al menos las 50 repeticiones son:

- Derecho como ciencia social
- Derecho creado por la Sociedad
- Derecho político



Ahora, si se suman los porcentajes, es decir, sumando los resultados obtenidos del análisis de artículos de directores de cátedra que no resolvieron la encuesta, más el resultado obtenido de la encuesta, de los directores de cátedra que sí realizaron la encuesta, se estaría frente al siguiente resultado:



Cuadro 8. Elaboración propia.

Para finalizar este apartado, sería bueno señalar la coherencia que existe entre “la teoría” y “la práctica”, es decir, no solo se estipula en todo el marco escrito de la administración de la facultad de Derecho, que se sigue una corriente positivista, misma que si bien antes de la acreditación del SINAES no había sido promulgada, igual era la práctica y el hacer en la facultad, solo que a partir de la acreditación se publicita y determina, además de estipular ciertas acciones encaminadas a hacer cumplir la manifestación pública en 2015.

Por otro lado, en esta sección II se logró identificar una tendencia de pensamiento filosófico del sector docente, misma que es coherente con la declaratoria política establecida por la facultad, que es un positivismo filosófico, de manera que es posible inferir que no se va en contra de la libertad de cátedra de la mayor parte de la población docente, aunque siempre queda el porcentaje significativo de partidarios de un realismo jurídico, que tienen

que ingeniárselas para cumplir con la rigidez metodológica y normativa de la facultad, mientras que transfieren su conocimiento desde su concepción del Derecho, al estudiantado.

Sin embargo, este resultado también es coherente con el estudio realizado por el profesor Solís Fallas, sobre la enseñanza del Derecho y el método utilizado por esta facultad de Derecho de la UCR, ya que Solís, siendo parte del cuerpo docente de esta facultad, mencionó que no estaba completamente en contra del método tradicional de enseñanza del Derecho, esto refiriéndose al modelo positivista de enseñanza del Derecho, pero que es necesario rescatar lo positivo de cada método y aplicarlo según la materia que se enseñe.

Lo anterior no es de extrañar viniendo de un profesor que es parte de una Facultad de Derecho que tiene profesores afines a diferentes pensamientos o concepciones del Derecho, en el que predomina un positivismo jurídico, pero que no se puede ignorar ni tapar completamente el aporte realista que existe, por lo que es comprensible que Solís busque los aspectos positivos de cada metodología utilizada en diferentes corrientes filosóficas del Derecho para mejorar la calidad de la enseñanza del Derecho. Según Solís Fallas:

En realidad, como ocurre con los métodos de interpretación jurídica, todas las metodologías de enseñanza poseen aspectos positivos; corresponde a los profesores identificarlos, adaptarlos a las circunstancias y utilizarlos de manera estratégica. El arte del buen profesor se encuentra en saber encontrar los puntos de equilibrio, dependiendo de la materia y el nivel, enfatizar en alguna metodología, para que la formación de los estudiantes sea la mejor y la más integral, pues al final de cuentas es lo único que importa.³⁵⁴

³⁵⁴ SOLÍS FALLAS, A. Ibid, p. 47.

CAPÍTULO III. MARCO FILOSÓFICO DEL ESTADO COSTARRICENSE DESDE EL ÁREA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y SU RELACIÓN CON LA CORRIENTE IUSFILOSÓFICA QUE PREDOMINA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Como se pudo observar en los capítulos anteriores, el Derecho es un área del conocimiento y disciplina compleja, compuesta -aunque esta sería una aproximación y no una clasificación última y taxativa- por un área formal, un área práctica y un área axiológica. Ninguna de estas puede estudiarse de manera autónoma, debe estudiarse en conjunto, razón por la que cualquier análisis conlleva diligencia.

En este capítulo se analizará la tendencia iusfilosófica del Estado Costarricense a partir del análisis normativo y jurisprudencial del sector que administra justicia del Estado, para luego determinar si existe coherencia o no, con la postura filosófica del Derecho que predomina en la facultad de Derecho de la UCR, y así identificar si existe alguna influencia o retroalimentación entre estos sujetos creadores de Derecho.

Además, como ejercicio experimental, se determinará la representación física o real de la UCR en la judicatura, área que administra justicia y delimita un perfil del Derecho costarricense a partir de la interpretación y decisión en cuanto a situaciones jurídicas, lo que permitirá observar si la tendencia filosófica actual que establece el Poder Judicial es coherente con la que se enseña en la escuela de enseñanza del Derecho que se toma como punto medio de enseñanza del Derecho en Costa Rica, la Facultad de Derecho de la UCR, o si hay divergencias en ambos posicionamientos. Por otra parte, este análisis permitirá observar si la UCR está logrando sus objetivos en la sociedad costarricense, tomando como ejemplo preliminar el área de administración de justicia del Estado costarricense.

La relación íntima entre universidad-sociedad se ha estudiado y profundizado a través del tiempo, por lo que resulta importante determinar si la Universidad de Costa Rica, está cumpliendo sus objetivos como institución primaria de la educación superior costarricense, puesto que es la que tiene mayor antigüedad y fue herramienta importante para el desarrollo del Estado costarricense.

Además, hoy en día, si bien el mercado de la educación se ha ampliado y hay muchas otras opciones para los ciudadanos de optar por un estudio superior, la Universidad de Costa Rica continua fungiendo más que como un centro para optar por un grado universitario y la tecnificación del componente humano del país, para garantizar el derecho a la educación, así como producir al país desarrollo de conocimiento y ciencia.

Según una de las ponencias realizadas en la conferencia Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, discursos y homenajes; hoy en día se diferencia entre dos tipos de universidad, la del espíritu y la del poder.

La universidad del espíritu corresponde a la “idea” de universidad propuesta por Newman, Humboldt, Jaspers y Whitehead. La idea de la universidad liberal, abierta y creadora, autónoma y no circunscrita por condicionamientos exteriores de ninguna naturaleza, en la que el conocimiento se busca gratuitamente, por sí mismo. Corresponde a la “universidad sin condiciones” de la cual hablaría más tarde Jacques Derrida. Son las universidades que tienen como tarea incondicional la “búsqueda de la verdad sin coacción”, porque se trata de un derecho de la humanidad. Según la expresión de Paul Ricoeur, “si deja

de percibirse el vínculo necesario entre verdad, humanidad e investigación libre, ¿ya no existe la idea de universidad!?”.³⁵⁵

Entonces, este tipo de universidad es un centro de pensamiento, no tiene más fines que pensar sobre el “ser”, lo que es, con el único fin de llegar a la verdad, llegar al conocimiento. Este era el modelo de academia o grupos de filosofía en la edad media; sin embargo, con el cambio de época y necesidades globales, se cambia incluso el pensamiento de aquellos pensadores, dejan de ver la unión de estudiantes y maestros como conjunto de pensadores, sino consideran, tal vez de manera mesiánica y algo utilitaria, que su fin último era crear pensamiento que ayudase a los objetivos del sistema político y económico del momento, el liberalismo clásico y capitalismo. Así es como surge la universidad del “poder”, que se menciona en la ponencia:

... no corresponden a la “idea” del espíritu (siempre abierto, dinámico y creador), sino al “concepto” de la razón (inclinada siempre a delimitar, a circunscribir y a fijar). Pero lo más grave de todo es que estas concepciones sujetan la universidad a intereses extrínsecos a la búsqueda misma de la verdad, como son los intereses particulares y circunstanciales de diferentes entidades o instituciones, y particularmente a los intereses del Estado.³⁵⁶

El tipo de universidad del poder fue utilizado en la época de Napoleón e incluso la época inmediata posterior; la universidad de la Unión Soviética, buscaban control y estabilidad política, construcción y fortalecimiento de un ideal político; termina siendo una herramienta del poder ya sea estatal o económico, así como hoy se puede apreciar, empresas

³⁵⁵ La Universidad del espíritu y la universidad del poder. (2012). REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI. DISCURSOS Y HOMENAJES. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis S.A. pp.: 38-39. Colombia.

³⁵⁶ *Ibidem*.

con alto poder económico que tienen gran poder e influencia dentro de la administración de las universidades y sus planes estratégicos-académicos.³⁵⁷

El poder económico ha cambiado a partir de ese momento, revolución industrial y científica, el pensar de la humanidad y de los académicos o pensadores; esto puede verse en las universidades de la actualidad, por este motivo y posteriormente la crisis económica y el planteamiento de toda una agenda política mundial (derechos humanos), se habla de una universidad empresa o capitalismo académico, ya que es fundamental para el cambio de una sociedad cambiar el pensamiento de cada uno de sus individuos, y qué mejor forma que por medio de la juventud estudiante.

A partir de esto, se puede observar que hay una evidente conexión entre la universidad y la sociedad, pieza elemental en la formación y funcionamiento de esta misma. Tomando en consideración la Universidad de Costa Rica en específico, en el papel, en el panfleto de deseos, se estipula una serie de objetivos, que combina objetivos políticos tendientes al desarrollo científico, y congruentes con los objetivos globales, pero también hay objetivos “humanistas” (corriente distinta y previa al racionalismo científico).

Esto genera confusión entre los fines de la universidad y las fuerzas políticas y económicas del país, con respecto al ideal o fin de los docentes del recinto académico, que algunos tienden a la corriente humanista, y otros a la corriente racional científica positivista. Precisamente por esto suele haber discusión en qué comprende “la libertad de cátedra”, parte del estatuto orgánico de la Universidad de Costa Rica, ya que como se puede rescatar del análisis anterior, sobre los tipos de universidad hoy en día, es evidente que hay una

³⁵⁷ *Ibidem.*

subordinación de la Universidad con toda la estructura social, además de una evidente dependencia económica, razón por la cual se le exige de manera tácita y tal vez discursiva, o por medio de presión política, social y económica, ciertas acciones con respecto a los planes de estudio.

En lo que respecta al Derecho, como rama del conocimiento enseñada en la Universidad de Costa Rica, se puede determinar cuál es la posición de la misma en el Estado no solo analizando su proceso de formación histórica, su estructura y fundamento teórico, análisis usual con respecto al Derecho en Costa Rica, sino también a través del análisis del Poder Judicial, entidad estatal en la que por antonomasia se puede apreciar el Derecho en funcionamiento.

El fin, será identificar a grandes rasgos, ya que se utilizará solo una muestra institucional que da una primera impresión o superficial de la corriente de pensamiento filosófico del Derecho del Estado costarricense; cuál es esta corriente seguida en el Poder Judicial, y si hay correspondencia con el pensamiento que predomina en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ya que esta también muestra institucional como creadora de Derecho y Filosofía, es decir, un parámetro para medir el nivel de desarrollo del Derecho como área de conocimiento en Costa Rica.

SECCIÓN I. MARCO IUSFILOSÓFICO DEL ESTADO COSTARRICENSE A PARTIR DE LA NORMATIVA QUE RIGE A LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA Y SU JURISPRUDENCIA

En esta sección se hará un análisis normativo institucional del tercer poder de la República de Costa Rica, además de la revisión de algunas sentencias emitidas por las salas de mayor jerarquía de este poder, con el objetivo de determinar cuál es la corriente filosófica del Derecho que sigue la administración de justicia y predomina en las decisiones judiciales

costarricenses. Asimismo, identificar la relación entre esta postura de pensamiento y la que existe en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

El Poder Judicial, así como publica el sitio web principal de esta institución, se funda primeramente como un tribunal para la administración de justicia de manera pronta y “recta” conforme con las leyes que habían en ese momento, estas son las leyes de los pueblos indo-españoles “leyes de Indias”, que fueron promulgadas en España para regir las posesiones españolas en América. Esto seguidamente a la carta de independencia de Costa Rica dada a conocer el 15 de setiembre de 1821, por medio de la creación de lo que fue la primera Constitución Política de Costa Rica, llamada en aquel entonces Pacto Fundamental Interino de Costa Rica o “Pacto de Concordia”.³⁵⁸

En 1824 se decreta por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, que el Estado Costarricense se compone por tres poderes:

- **Ejecutivo**
- **Legislativo**
- **Judicial**

Es decir, desde la fundación de la República o el Estado Costarricense independiente, se consideró como base un sistema político democrático, no se consideró la monarquía o la dictadura, sino que se consideró fundamental la expresión del pueblo y considerar la decisión del mismo por medio del voto popular, tanto así que el Poder Judicial, aquel que decidiría

³⁵⁸ PODER JUDICIAL. *Historia, organización y funcionamiento*. Visto en: <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/informacion-institucional/historia-organizacion-y-funcionamiento>

situaciones jurídicas de los ciudadanos, aquel que aplicaría el poder punitivo del Estado, sería electo de manera popular.

En 1825 con la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, se creó constitucionalmente el Poder Judicial, es decir, pasó de ser creación por Decreto de gobierno a ser una institución con rango constitucional, que de acuerdo con el artículo 87, la Corte Superior de Justicia estaría compuesta por tres magistrados y los tribunales y juzgados creados por ley.³⁵⁹

Este poder administraba justicia con base en las Leyes de las Indias, hasta que en 1841 se emite el primer código de normas costarricenses, mismo que fue llamado Código General “de Carrillo”, porque fue promovido y emitido en el gobierno de Lic. Braulio Carrillo Colina. Este contenía una parte civil, otra penal y otra de procedimientos.³⁶⁰

En 1844 se emitió una nueva Constitución Política por Asamblea Constituyente que nombró por primera vez la corte como Corte Suprema de Justicia y aumentó el número de magistrados a siete. En 1851 se emite la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece la organización interna del Poder Judicial, además manifiesta que sus integrantes serían jurisconsultos con preparatoria en Derecho Civil.³⁶¹

En 187, durante el gobierno dictatorial del General Tomás Guardia Gutiérrez se redactó una nueva Constitución Política en la que se determinó que la Corte Suprema de Justicia sería conformada por dos salas con sus magistrados, además de los tribunales y

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Ibidem.

juzgados que la ley creara. Los magistrados ya no serían electos popularmente sino por el congreso.³⁶²

En 1887 se promulga la ley orgánica de tribunales que declara la independencia del Poder Judicial, luego en 1937 se aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial que afirma la autonomía del Poder Judicial y se incrementa a 11 magistrados. En 1940 se pasa de dos salas a cinco, dos civiles, dos penales y una de casación, asimismo se incrementó a 17 magistrados.³⁶³

En 1949 se emite una nueva Constitución Política, misma que se mantiene vigente al día de hoy y reafirma la independencia del Poder Judicial, así como indica la independencia de los demás poderes de la República, haciendo énfasis en su artículo nueve al principio democrático de separación de poderes, elemental para el equilibrio de los poderes y que no recaigan en las mismas manos. Esta nueva carta fundamental indica que la función jurisdiccional es un poder limitado al Estado y que lo ejerce la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales creados por ley.³⁶⁴

La Constitución Política vigente resalta el principio de independencia del Poder Judicial, como base para la administración de justicia, haciendo mención de su capacidad de auto organizarse y auto gobernarse, de nombrar su personal sin intervención de los otros poderes de la República, esto procuraba la independencia política y funcional, evitando caer en errores políticos documentados históricamente, como el uso del ejercicio jurisdiccional para perpetrar pensamiento y penar antojadizamente de acuerdo con el gobierno, lo que se

³⁶² Ibidem.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Ibidem.

quería en el momento, menguando la seguridad jurídica y la libertad de las personas, además de todo derecho esgrimido de una filosofía de dignidad humana y Derechos Humanos.

Sin embargo, al inicio de la vigencia de esta constitución no se hacía mención a la independencia económica del Poder Judicial, sino hasta 1957, cuando el presidente José Figueres Ferrer reconoció la importancia de dotar de independencia económica al Poder Judicial para velar por la justicia pronta y cumplida, y no dejar en manos del gobierno del momento, es decir, de manera antojadiza y política, el funcionamiento o no de la actividad jurisdiccional. Reformándose el artículo 177 de la constitución, para asignar un porcentaje de los ingresos del Estado al poder Judicial.³⁶⁵

Otro principio importante y resguardado a nivel constitucional es el principio de imparcialidad por parte de aquellos que administran justicia, lo que asegura que no haya influencia de los otros poderes en sus decisiones ni de grupos de interés, puesto que solo están subordinados a la constitución y la ley.³⁶⁶

Posteriormente, en 1982 se reforma el artículo 162 de la Constitución Política para que los magistrados puedan elegir el presidente de la Corte y en 1989 se crea la ley de Jurisdicción Constitucional, que crea la Sala Constitucional y se pasa a 22 magistrados totales en la Corte. Es importante resaltar que otro principio que lideró muchas de las reformas constitucionales y legales sobre la Corte Suprema de Justicia, es el principio de justicia pronta y cumplida, que buscó la eficiencia y eficacia en la prestación de servicios públicos de la administración de justicia; en nombre de este principio se fue especializando la normativa, un ejemplo se encuentra en la ley de reorganización judicial, emitida en 1997, que dividió

³⁶⁵ Ibidem.

³⁶⁶ Ibidem.

los circuitos judiciales del país en 11, y dividió el Poder Judicial en cuanto a sus funciones en tres ámbitos: área jurisdiccional, área auxiliar de justicia y área administrativa.³⁶⁷

De acuerdo con la página electrónica principal del Poder Judicial, la misión de este es “*Administrar justicia pronta, cumplida y accesible, de conformidad con el ordenamiento jurídico para contribuir con la democracia, la paz social y el desarrollo sostenible del país.*”³⁶⁸. En cuanto a su visión, además de garantizar un acceso a la justicia pronta y cumplida indica que busca resolver conflictos de manera pacífica, eficaz, eficiente y transparente con apego a la ley, consciente del papel del Poder Judicial en el desarrollo de la sociedad. Entre los valores que indica la página del Poder Judicial cabe resaltar el valor de la honradez, puesto que indica que todos sus integrantes trabajan correctamente de conformidad con las normas morales, diciendo la verdad y siendo personas justas.³⁶⁹

A partir de la breve reseña histórica anterior, se podría pensar que con la instauración del principio fundador y líder del Poder Judicial, es decir, el principio de independencia del Poder Judicial y de la administración de justicia, desde ese momento se resolvió la problemática de pensar si existe algún pensamiento político o filosófico que guíe la toma de decisiones judiciales dentro de esta institución, un razonamiento rápido y despreocupado podría decir que no, no hay, puesto que está prohibido y con la capacidad de auto gobierno del Poder Judicial permite que no haya influencia en la formación de criterios judiciales. Sin embargo, en la siguiente sección se pasará a analizar esta normativa creadora y lo que parece ser la misión y principios que guían el actuar jurisdiccional.

³⁶⁷ Ibidem.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ Ibidem.

A. NORMATIVA DELIMITANTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COSTA RICA

Si bien el Poder Judicial es un *complejo conglomerado de instituciones que tienen a cargo múltiples y hasta contradictorias funciones*³⁷⁰ así como fue conceptualizado por los investigadores del Estado de la Justicia en su prólogo emitido en el año 2017; la presente investigación se interesa en el área originadora de todo este fenómeno, el área del Derecho aplicado en la administración de justicia, por lo que es la normativa que delimita el ejercicio jurisdiccional lo que interesa, para poder determinar la filosofía contenida en el papel, que idealmente guía el funcionamiento de esta gran institución costarricense.

En esta sección se hará un análisis de cinco normas fundamentales que contienen principios filosóficos e ideológicos importantes para aquellos que administran justicia en su área específica, con esto se hace referencia a las “reglas del juego” de quienes administran justicia, sin importar la materia en la que ejercen. Se advierte *prima facie* que no se hará mención de las normas sustantivas y procesales de cada una de las materias del Derecho en Costa Rica, puesto que si bien cada una de estas cuenta con principios filosóficos importantes que han formado el Derecho en general, en su sustancia, todas estas se han desarrollado con una guía de pensamiento, que es la misma que se ha intentado percibir a lo largo de este estudio, misma que sin tener que entrar a detallar o ahondar en cada una de las ramas del Derecho, se puede apreciar la corriente filosófica en la base estructural, que ha ayudado al desarrollo de cada una de estas a partir de la concepción primaria del Derecho que se tiene

³⁷⁰ CONSEJO NACIONAL DE RECTORES (2017). Programa de Estado de la Nación, Segundo Informe Estado de la Justicia/PEN. 2 ed, San José, Costa Rica.

por cada uno de los sujetos creadores del Derecho, entre estos los legisladores, los jueces, el área administrativa y los ciudadanos.

Las normas por analizar son las siguientes:

- Constitución Política
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Estatuto de Servicio Judicial
- Ley de Carrera Judicial
- Ley de Creación de la Escuela Judicial

Iniciando por la base de todo el ordenamiento jurídico costarricense, la Constitución Política, menciona en su artículo nueve la creación de los tres poderes de la República, independientes entre sí, pero es su título XI que define el Poder Judicial, indica que es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y tribunales que establezca la ley, en caso de que no hayan sido creados en esta Constitución. Si una jurisdicción no fue creada constitucionalmente, entonces la Asamblea Legislativa por medio de leyes podrá crear tribunales y establecer los principios que fundamenta o debe guiar la materia a juzgar por estos jueces.³⁷¹

A pesar de la norma general y preventiva en caso de no pensar originariamente en todas las materias que podrían ser competencia jurisdiccional, se establecen materias que desde el momento de creación de esta carta magna se consideraron necesarias para la resolución de conflictos sociales. Entre estas el Poder Judicial está encargado de conocer

³⁷¹ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (1949). Constitución Política. Costa Rica.

causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso administrativas, sobre las cuales deberá resolver definitivamente los asuntos y ejecutar sus resoluciones con la ayuda de fuerza pública.³⁷²

El artículo 154 establece cuáles son los parámetros a los que está limitado y sometido este tercer poder de la República, que son únicamente la Constitución Política y la ley.³⁷³ Esto porque es independiente de los otros dos poderes de la República, el Poder Ejecutivo y el Congreso o Parlamento, con la idea de crear contrapesos, esto quiere decir, que hay una institución que representa el pueblo y otro que no es el mismo, que se encarga de juzgar y resolver conflictos, sin embargo, con la limitación de que para este ejercicio debe hacer uso de las “herramientas” normativas que cree la Asamblea Legislativa, además, si bien es políticamente y gubernamentalmente independiente, posteriormente fue incluso económicamente independiente, la norma creada para su organización, fue creada por la Asamblea Legislativa.

Como se puede observar, el fin último del tribunal superior con el que fue pensado inicialmente –en su creación- era ser un ente meramente aplicador de normas, no exactamente un poder, se le denominó así básicamente porque es parte del Estado y es una potestad del Estado, más delegada a ciertos funcionarios que no tenga a su vez el poder de crear las normas con las que van a juzgar, puesto que podría devengar en despotismo. Esta concepción viene de la teoría clásica liberal del Estado y el gobierno, en el que se veía al juez como mero aplicador de las normas, no como mente políticamente activa y creadora de Derecho.

A su vez, continúa la constitución política declarando que las resoluciones que dicten los administradores de justicia no le generan responsabilidad sino solo las expresas por ley,

³⁷² *Ibidem.*

³⁷³ *Ibidem.*

buscando crear un ámbito con la mayor libertad posible para que los jueces ejerzan la potestad jurisdiccional. Menciona que la Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Superior del Poder Judicial y está conformado por magistrados, que son elegidos por la Asamblea Legislativa, quienes forman las salas que indique la ley.³⁷⁴

La constitución establece como requisito para obtener el título y rol de magistrado ser abogado, con título de esta carrera expedido en Costa Rica o reconocido en Costa Rica, haber ejercido la profesión diez años al menos o en caso de funcionarios judiciales, tener práctica judicial no menor de cinco años. Prohíbe tajantemente que los magistrados sean funcionarios de otros supremos poderes de la República.³⁷⁵

Esta norma contiene la estipulación de un sistema judicial específico, sin jueces legos sino doctos, esta característica ha servido para clasificar sistemas judiciales en sistema anglosajón y sistema greco romano, lo que ha provocado el error de muchos juristas de identificar sistema judicial con corriente filosófica del Derecho como lo mismo, pero como ya se ha visto en esta investigación, la función judicial es solo una parte del Derecho, una manifestación del mismo, por lo que no se puede limitar toda una concepción filosófica del Derecho al método utilizado por la judicatura para resolver, que evidentemente es importante de estudiar, pero que conlleva un cuestionamiento de mayor profundidad que solo la identificación y descripción de métodos utilizados por jueces.

Siguiendo con la norma constitucional, que indica los requisitos para ser juez en Costa Rica, menciona que aquellos que deseen ser administradores de justicia deberán haber estudiado Derecho y su título haber sido reconocido en Costa Rica. Este requisito pudo haber sido fácil de satisfacer, hoy en día, con el esfuerzo que ha realizado el Colegio de Abogados,

³⁷⁴ *Ibidem.*

³⁷⁵ *Ibidem.*

tras muchas críticas y preocupaciones al gremio jurista, se incorporó el examen que prueba conocimientos básicos para ejercer la profesión en Costa Rica, por lo que desde el año 2015 es posible que este requisito contenido de antaño en la Constitución Política, tenga mayor peso y algún efecto en la corriente del Derecho que sigue la Corte.

Es decir, este punto es importante porque no se está hablando de calidad de abogados sino que los abogados que lleguen a ser magistrados, aplicarán el pensamiento y marco valorativo personal para crear Derecho, siguiendo y tomando la decisión evidente de una corriente filosófica del Derecho, la que fue formada y habrán adoptado desde su preparación universitaria, es decir, es evidente que las universidades de donde provienen estos profesionales tienen peso filosófico en la creación del Derecho costarricense.

Ahora, lo anterior son normas específicamente que versan sobre el Poder Judicial, pero hay disposiciones importantes en otros títulos de la misma Constitución, que ayudan a entender el posicionamiento filosófico que deben tener los administradores de justicia y que sin importar lo que tenga ya per se en su marco valorativo interno esta persona, debe adoptar estos principios filosóficos fundamentales para resolver, que viene a ser el paradigma filosófico costarricense y gubernamental.

El título IV menciona funciones importantes y específicas de la Corte para la salvaguarda de derechos fundamentales de los ciudadanos y garantizar los mismos, como el derecho a la propiedad privada, este es un derecho fundamental, lo que significa no solo que está en la carta constitucional política, sino que es un valor supremo del Estado; este valor aunado con la libertad del individuo son principios de un Estado políticamente liberal, que protege la individualidad de las personas y a su vez sus posesiones y patrimonio, esto quiere decir que todas las normas deben ser interpretadas y dirigidas por estos valores constitucionales supremos, a pesar de que algún magistrado no considere que no es el mejor

sistema económico o político, debe jurar antes de iniciar su cargo como magistrado o juez, conservar estos principios a la hora de resolver casos.

La misma constitución estipula algunas excepciones a estos valores democráticos supremos, como que el valor de la propiedad privada puede ser violado en caso de que exista autorización jurisdiccional previa, es decir, los jueces pueden autorizar que se transgreda el derecho o simplemente se exceptúa el mismo con respecto a un ciudadano en caso de que exista sospecha de un delito o futura comisión de uno, lo que pueda provocar un daño a terceros. Se menciona también que los jueces pueden autorizar la violación del derecho a la privacidad de los individuos, basados en el mismo argumento.³⁷⁶

La excepción anterior menciona los delitos, en caso de existir riesgo de daño a terceros por un ilícito penal, entonces, se puede ver la existencia de otro valor estatal fundamental, el bien común, la protección de la generalidad y de la individualidad, lo que quiere decir que la libertad individual es coartada cuando transgrede ilícitamente la esfera de libertad de otros, provocando daños. Se puede observar la contraposición de dos valores, la libertad de uno y su privacidad en contraposición de la seguridad pública y común, además de la seguridad y libertad lícita de otro individuo, si bien ambos son valores supremos, queda en manos de la autoridad judicial valorar, razonar, pensar y disponer cuál prima sobre el otro en determinados casos.

Este razonamiento está limitado por las normas sustantivas y procesales de la materia que se trate evidentemente, en este caso sería la materia penal, por el código penal, leyes especiales y código procesal penal, sin embargo, cada una de estas normas está llena de palabras y términos, que quedan en manos de una persona dar sentido, por lo que también

³⁷⁶ *Ibidem*.

han sido llenadas de principios, que guían el pensamiento y razonamiento, este ha sido el mayor esfuerzo positivista por proteger la “seguridad jurídica” y el status quo, pero que siempre hay un área gris en la que el legislador no puede entrar y ha sido innegable su realidad en la historia del Derecho, por lo que la última esperanza queda en manos de la persona nombrada como magistrado o juez, y en su formación previa.

Siguiendo con los valores supremos constitucionales, también se establece la ya mencionada seguridad jurídica, este valor ha generado polémica a nivel de la filosofía política liberal, en tanto algunos dicen que es un valor pilar del liberalismo y otros dicen que no es un fin primario del liberalismo, sino que surge como método de defensa o es un resultado lógico de pensar en un individuo libre en sociedad, es necesario, surge a la vida en el pensamiento para permitir que la libertad se conserve.

Empero, sin importar si es un valor fundamental per se, o se esgrime de la libertad individual, termina siendo fundamental y resguardado en la Constitución Política, y depende principalmente de los juzgadores su cumplimiento; un ejemplo se encuentra en que la carta magna prohíbe a los administradores de justicia aplicar leyes de manera retroactiva y la única excepción es que, con fundamento igualmente de seguridad jurídica, el individuo haya adquirido de buena fe derechos patrimoniales o el beneficio de alguna situación jurídica consolidada.³⁷⁷

También se prohíbe que algún ciudadano sea juzgado por tribunal o juez especialmente nombrado para el procesamiento del mismo, velando por su seguridad jurídica, asimismo por el valor democrático de transparencia del Estado y el derecho a la libertad de los individuos. Indica la Constitución Política que nadie podrá ser detenido y

³⁷⁷ *Ibidem*.

limitado de su libertad de tránsito sin indicio comprobado de haber cometido delito, considerándose la libertad como valor principal y primordial en la democracia, por encima del poder político y habilidad punitiva de algún jerarca. Por lo que corresponde a la autoridad judicial determinar y autorizar la coartación de la libertad de algún ciudadano, con la excepción de que un individuo ya haya sido condenado y se haya fugado o se encuentre infraganti.³⁷⁸

La privación de libertad, es decir, la limitación de este derecho de los individuos solamente puede llevarse a cabo por delito o falta previamente establecida en una ley, resguardando la “seguridad” jurídica del individuo y limitando la capacidad punitiva del Estado, o nivelándola, ya que los que tipifican delitos son los legisladores y los que admiten su uso son los jueces, por lo que si bien es posible en la teoría democrática del Congreso como representante de la voluntad del pueblo, no es probable que este emita una norma ad hoc para un individuo en específico, el mayor riesgo se encuentra en el uso de los juzgadores, razón por la cual fueron limitados en sus decisiones a no penar a alguien sin fundamento en una norma escrita previa, emitida por el órgano legitimado para legislar, por lo que la materia penal es la más taxativa, por la delicadeza de los valores que transgrede, como la libertad, sin embargo, esto igualmente no ha borrado o aclarado el “área gris” del trabajo de los jueces, por lo que se vuelve a la esperanza en aquel elegido como administrador de justicia.

. Se añade otro requisito para la privación de libertad, considerándose ultima ratio, haber llevado a cabo un debido proceso previo, que haya incluido al individuo y que haya concluido en sentencia firme dictada por la autoridad jurisdiccional competente, habiendo asegurado dentro del proceso el derecho al ejercicio de la defensa del indiciado y con

³⁷⁸ Ibidem.

condición de haber sido demostrada la culpabilidad sin duda alguna.³⁷⁹ Entre los fundamentos a tales garantías, aparte de las ya mencionadas, también se encuentra el valor supremo liberal y democrático de la igualdad de los individuos, no se puede penar con la mayor pena de todas, la privación de libertad a un individuo, que forma parte de su naturaleza, sin haber razones objetivas para su sentencia, de lo contrario devengaría en un uso indiscriminado de un poder punitivo grave, como lo es el uso de la herramienta carcelaria.

Continúa estableciéndose en la Constitución Política el derecho de todo ciudadano a ser reparado en caso de daño o injuria en su contra, derechos que puede hacer valer como pretensiones en procesos judiciales, en los que se les deberá hacer justicia pronta, cumplida y en conformidad con las leyes. Con esto se establece políticamente como solución de conflictos la creación de tribunales previos que administren justicia y resuelvan conflictos, para que los individuos puedan hacer uso de su libertad con la confianza y la promesa de resolver su necesidad en caso de que se transgreda su ámbito de libertad y derechos.

Con respecto a los procesos judiciales, se prohíbe que un juez lo sea en diversas instancias para la decisión del mismo punto, asegurándose el valor fundamental de la independencia judicial y objetividad del juez. Tampoco puede juzgarse a una persona por un mismo hecho punible más de una vez, por lo que se prohíbe reabrir causas penales fenecidas con fallos que tengan autoridad de cosa juzgada.³⁸⁰

El artículo diez constitucional crea una sala, adscrita al poder judicial, especializada en determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, es decir, su objetivo es velar por el cumplimiento y continuidad, vigencia de la Constitución Política; por lo que debe dirimir conflictos de competencia entre los poderes de la República, ya que este es un

³⁷⁹ Ibidem.

³⁸⁰ Ibidem.

tema de estructura política “inicial”, que está establecido en la Constitución Política como las “reglas del juego”; y siendo que esta sala es encargada por velar por la armonía interpretativa del texto, debe resolver conflictos de lo que podría ser competencia o no de cada poder.³⁸¹

También está encargada de resolver consultas sobre reformas a la constitución, posible aprobación de convenios o tratados internacionales, proyectos de ley, esto para determinar la armonía con los valores primarios y estructurales que forman el Estado Costarricense con las normas –de gobierno pasajero- que se quieran incorporar al ordenamiento jurídico o velar por la autonomía del país y permanencia del sistema.³⁸²

Asimismo, se crea el recurso de habeas corpus para garantizar el derecho a la libertad e integridad personal, el recurso de amparo para restablecer el goce de derechos consagrados constitucionalmente y aquellos derechos supra constitucionales establecidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República. Se adjudica a la sala constitucional como competente de resolver estos recursos, ya que debe velar por el cumplimiento de la constitución y los valores máximos del Estado costarricense.³⁸³ Es decir, no solo los valores constitucionales son principios guía de resolución, sino que los valores internacionales ratificados por el gobierno costarricense forman parte de estas ideas por tomar en cuenta por parte de las autoridades judiciales.

En el título V se menciona como valor fundamental y social la justicia distributiva; todos estos valores supremos constitucionales y derechos fundamentales les corresponden a

³⁸¹ Ibidem.

³⁸² Ibidem.

³⁸³ Ibidem.

los administradores de justicia “resguardar” y sirven de guía de pensamiento, como estructura mental para crear Derecho en sus resoluciones.³⁸⁴

Otros temas importantes que deben tomarse en cuenta de la carta constitucional, son las nociones básicas y preliminares para concebir Costa Rica como país independiente, con gobierno y funcionamiento propio; estas aseveraciones delimitan el pensamiento costarricense, desde los funcionarios públicos hasta los ciudadanos que viven y se desenvuelven como individuos privados en el territorio; no solo se mencionan fronteras físicas sino que establece un marco ideológico que lleva consigo todo un contexto filosófico.

385

Se dice que Costa Rica es una República democrática, sus valores supremos, base filosófica de la democracia son la libertad de las personas, el respeto por la diversidad de las personas, es decir, respeto por el color de piel, lugar de procedencia, pensamiento filosófico, etc. El artículo nueve detalla características del gobierno democrático, como que es un gobierno popular, representativo, participativo, alternativo y responsable, compuesto por el pueblo y los tres poderes de la República, los cuales son distintos e independientes entre sí, que son el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial; indica expresamente la prohibición de que se deleguen funciones propias entre ellos.³⁸⁶

Se expresa explícitamente la prohibición de que alguien se arrogue la representación del pueblo, sin un procedimiento democrático previamente establecido con carácter constitucional, lo que es lógico en la filosofía democrática para una consolidación del Estado liberal; igualmente se estipula en el artículo cuatro que nadie, individual o en grupo, podrá

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ Ibidem.

³⁸⁶ Ibidem.

asumir la potestad de representar el pueblo, sino se considerará sedición, es decir, con voluntad de derrocar lo establecido en la constitución como gobierno legítimo, con esto también se hace referencia a que todo acto político que se realice fuera de los términos contemplados en la Constitución serán ilegítimos, dándole mayor fuerza y solidez al cuerpo normativo constitucional para su perpetuación.³⁸⁷

En el título IV se mencionan derechos individuales fundamentales, que el Estado Costarricense garantiza por medio de su actividad administrativa pero además, con protección jurisdiccional. Entre estos derechos se encuentran la libertad, lo que contempla la prohibición de la esclavitud, el derecho a la vida, declarada a su vez valor inviolable, se garantiza la libertad de movimiento y traslado, la propiedad privada, derecho a la privacidad, asociación, siempre y cuando sea para un fin lícito, derecho a petición al gobierno y de obtener una respuesta pronta, esto con el fin de evitar la arbitrariedad del gobierno, que debe buscar ser democrático y no absolutista o despótico, por lo que debe asegurar la participación democrática y rendir cuentas ante la ciudadanía, siempre y cuando sea información de interés público, con la excepción de que haya información que sea secreto de Estado.³⁸⁸

También se hace mención del derecho de expresión, opinión, respeto las diferentes opiniones sin supresión, siempre y cuando no dañen a terceros en su moral o no dañen el orden público. El artículo 28 menciona la única excepción al derecho de expresión, que es si se realiza como propaganda política, la religión, motivos religiosos, haciendo alusión a divinidades y normativa moral religiosa. Se sigue con el derecho a la igualdad de las personas

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Ibidem.

frente a la ley, restricción a la discriminación ya que se considera contraria a la dignidad humana, derecho a la seguridad jurídica del individuo y derecho a la libertad de comercio.³⁸⁹

Posteriormente, en el título V constitucional se habla de derechos sociales, entre estos se encuentran el bienestar en el aspecto económico, garantizado por el Estado por medio de la justicia distributiva, procurando estimular la producción y repartición de la riqueza, garantizando un sistema económico liberal con el contra peso del Estado.³⁹⁰

Se proscribe la esclavitud, resguardando la libertad de las personas y libre elección de trabajo, prohibiendo actividades que menoscaben la dignidad humana y que tengan por mercancía al ser humano. Indica la carta constitucional que el fundamento de los derechos sociales se encuentra en el principio cristiano de justicia social y que uno de los fines políticos del país es la solidaridad nacional.³⁹¹

Se manifiesta el derecho a la libertad de culto, mientras no se oponga a la moral universal y las buenas costumbres, pero paralelamente se afirma que la religión del Estado es católica apostólica y romana, con este punto se puede observar que si bien el Poder Judicial “solo” está subordinado a la ley y la constitución, estas normas escritas contienen no solo principios fundamentales guías del Derecho sino que hacen mención a la moral universal y buenas costumbres, mismas que no son delimitadas, sino que queda en manos del juez determinar por conocimiento previo cuáles son estas, por medio de lo que hacen llamar “sana crítica”.

También se establece el derecho a la educación y la garantía a la libertad de enseñanza, el derecho a la libertad de cátedra como principio fundamental de la enseñanza

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ Ibidem.

³⁹¹ Ibidem.

universitaria, sin embargo de inmediato expresa cuáles son los fines culturales (de enseñanza) de la República: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la nación, apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.³⁹²

Por último, con respecto a la Constitución Política es importante resaltar dos aspectos más que infieren y delimitan la administración de justicia, y es la atribución de funciones específicas y únicas al poder legislativo; el título IX menciona que tiene la potestad de legislar puesto que es la representación del pueblo por medio de sufragio, por lo que puede dictar leyes, darles interpretación auténtica, nombrar magistrados propietarios, aprobar convenios, tratados y concordatos, y tiene la potestad de crear tribunales de justicia.

Es decir, más que legislar tiene un alto grado de poder en la Corte, no solo por el hecho de nombrar a los magistrados, con el argumento de ser la representación del pueblo, para evitar procesos democráticos largos para la consolidación de otro poder de la República, cuando se puede utilizar el poder de representar legítimamente al pueblo y elegir los miembros de la Corte. Pero además, se establece que la interpretación auténtica la realiza el legislador, lo que evidencia resabios de positivismo científico, queriendo controlar incluso la interpretación de las normas, para que los jueces recurran únicamente a ser “la voz de la ley”.

Por último, constitucionalmente se concede rango normativo superior a la ley a los tratados públicos, convenios internacionales y concordatos que sean aprobados por la Asamblea Legislativa, esto infiere en las normas a las que está sujeta la Corte, contemplando los mencionados ya que están por encima de la ley.³⁹³

³⁹² *Ibidem.*

³⁹³ *Ibidem.*

Continuando con el análisis de normas estructurales de la administración de justicia que sirven de guía para el trabajo de los jueces, sería la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que si bien los jueces deben conocer todo el Derecho en su generalidad, comprendiendo las leyes, entre otras fuentes del Derecho, la Ley Orgánica del Poder Judicial brinda ciertos principios filosóficos que deben guiar el pensamiento jurídico del juez.³⁹⁴

Esta ley, de ahora en adelante LOPJ, menciona que la Corte y los tribunales creados por ley ejercen el “Poder Judicial”. Sus funciones son las que determinó la constitución política. pero amplía diciendo que también le compete conocer procesos civiles, penales, penales juveniles, comerciales, de trabajo, contencioso –administrativo y civiles de hacienda, de familia, agrario y constitucionales, además de los que posteriormente cree la ley.³⁹⁵

Menciona que los administradores de justicia son los juzgados y tribunales, salas y corte plena; la potestad de administración de justicia podrá ser ejercida, solo y solo si, hay petición de parte, no de oficio o porque lo considere necesario, con las excepciones indicadas en la ley. Habiendo sido solicitada su intervención, el tribunal deberá actuar de oficio con celeridad sin excusa de inercia de las partes a menos que sea legalmente indispensable su actividad, acción e intervención.³⁹⁶

Con esto se establece un principio procesal democrático que busca que el Estado no utilice su poder para traer a los ciudadanos ante su poder y potestad juzgadora, sino que les concede la libertad de solucionar sus problemas por sus propios medios, solo en caso de que el ciudadano lo considere conveniente puede solicitar intervención del Estado, pero la idea y

³⁹⁴ Asamblea Legislativa (1993). Ley Orgánica del Poder Judicial, n° 7333. Costa Rica.

³⁹⁵ Asamblea Legislativa (1993). Ley Orgánica del Poder Judicial, n° 7333. *ibid.*

³⁹⁶ *Ibidem.*

fin de los tribunales no es ser sala de contención o verdugo de los ciudadanos, sino alternativa mediadora entre las partes, como parte independiente y objetiva.

Se indica expresamente que el ejercicio de las potestades jurisdiccionales estará limitado a la norma y no se puede utilizar la excusa de que no hay norma que aplicar, puesto que en dado caso, deberá hacer uso de las normas no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.³⁹⁷ Esto refuerza la concepción positivista, resguardando el poder político del Estado representante del Pueblo y limitando el poder de los jueces, sin embargo, se logra identificar la concepción positivista no clásica, puesto que hace mención de normas no escritas, pero sí hace mención del ordenamiento jurídico, es decir, las normas no escritas que estén dentro de lo objetivamente conocido como parte del ordenamiento, lo que aparenta ser un pensamiento positivista neo constitucional, ya que las no escritas tratan de ser definidas en el mismo ordenamiento como valores y principios supremos del Derecho legitimados constitucionalmente.

Asimismo, se preocupa el legislador por determinar la jerarquía de las fuentes, mencionando que los principios generales del Derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito, gozando del rango jerárquico de la norma que interpreten, y en caso de ausencia de norma entonces las primeras mencionadas tendrán rango de ley.³⁹⁸

Esta norma permite apreciar cómo el legislador admite su impotencia en ciertos casos y áreas grises de la vida cotidiana, admitiendo la no completud del ordenamiento jurídico escrito y legitimando el poder de los jueces en cuanto creadores de Derecho con la jurisprudencia, que será considerada con el mismo rango de ley escrita en caso de ausencia

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ Ibidem.

de norma escrita; claro que evidencia el resabio pensamiento esperanzado de que incluso las normas escritas existentes sean perfectas y no haya discusión si existen las mismas.

Con respecto a las existentes manifiesta la posibilidad de que los principios y la jurisprudencia sirvan como interpretadores e integradores, mas no justificantes o disfraces para crear Derecho (interpretación extensiva o analógica), lo que solo le compete al legislador, es decir, en caso de que haya norma escrita el juez debe limitarse a ser vocero de la ley y doctrinario en caso de hacer mención de principios del Derecho y jurisprudencia para interpretar, pero esto no es considerado, según el legislador, creación de Derecho.

En cuanto a los usos y las costumbres, tendrán carácter supletorio del Derecho escrito. El artículo ocho menciona que los administradores de justicia no podrán aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la constitución política o Derecho Internacional o comunitario vigente en el país. En caso de duda de la constitucionalidad de una norma o acto entonces se deberá hacer consulta a la jurisdicción constitucional.³⁹⁹ Entonces, si bien se limita mucho a los jueces de todas las áreas, se exceptúan los magistrados de la Sala Constitucional, quienes si bien se dice que interpretan la norma primaria y principal, al hacer uso de su potestad jurisdiccional, están creando Derecho, frente a los demás jueces, frente al Poder Legislativo y frente al Poder Ejecutivo.

Incluso, se prohíbe interpretar o aplicar normas que sean contrarias a los precedentes o jurisprudencia de la sala constitucional, es decir, no solo tienen el límite de la ley y la Constitución Política, sino que tienen como límite el precedente jurisprudencial de la Sala Constitucional, la opinión de los jueces de esta materia. Con respecto a decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones, el límite de las autoridades judiciales será que no podrán

³⁹⁹ Ibidem.

aplicarse en contra de norma de rango superior, promoviendo así la coherencia del ordenamiento jurídico.⁴⁰⁰

El título II indica que la Corte es el tribunal superior del Poder Judicial, que ejerce el gobierno de este poder con potestad reglamentaria, misma que está compuesta por tres salas de casación y la Sala Constitucional. La competencia de las salas es definida por ley, pero si no hay, entonces la Corte puede decidir la división de las materias, sin embargo, esta ley indica la distribución de competencias por materia, en el artículo 54 menciona las materias que conoce la Sala Primera, artículo 55 Sala segunda, artículo 56 Sala Tercera y el siguiente, artículo 57, Sala Constitucional.⁴⁰¹

Esta ley en general habla de la división y organización administrativa y gubernamental del Poder Judicial, menciona que la facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo solamente y se pierde al dejar el cargo, e indica que si esta ley no define la jurisdicción y competencia de los tribunales o juzgados, se quedará a lo dispuesto en códigos y leyes procesales respectivas que ahondan en sus propias temáticas.⁴⁰²

Otra norma importante, además de como establece la LOPJ, todos los códigos y normas procesales que regulan cada materia mencionada en la ley orgánica, también es necesario recordar el estatuto de servicio judicial, que si bien es del año 1973 y ha sido reformada, sigue vigente. Este estatuto fue emitido con el objetivo de regular y garantizar la eficiencia de la función judicial y proteger a los servidores del Poder Judicial.⁴⁰³

En el estatuto se menciona que los jueces superiores deberán ser costarricenses por nacimiento o naturalización con residencia no menor de diez años en Costa Rica, abogados

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ Ibidem.

⁴⁰² Ibidem.

⁴⁰³ Asamblea Legislativa (1973). Estatuto de Servicio Judicial, n°5155. Costa Rica.

con título expedido o legalmente reconocido en Costa Rica y haber ejercido no menos de cinco años la profesión. Menciona que se crea la carrera judicial para los funcionarios que administran justicia, con el propósito de lograr la idoneidad y perfeccionamiento en la administración de justicia, asimismo regular por medio del concurso de antecedentes y de oposición el ingreso, los traslados y los ascensos de los funcionarios que administren justicia, con excepción de los magistrados.⁴⁰⁴

Si bien la mayor parte de estas normas es administrativa, las normas o pocas líneas que se les brinda a ciertos temas son rescatables, aunque en general se consideran frases sin contenido o repetitivas en todos los panfletos de misión y visión de organizaciones, lo importante de cada una de estas frases es que por poco espacio que se les brinde o lo rutinarias que se vuelvan, aparecieron con un fundamento previo. Menciona esta norma que se crea una carrera judicial, cabe preguntarse por todas las preguntas originadoras de un área de profesionalización o mejor aún, del área de conocimiento. Si se crea especializada, quiere decir que hay una diferencia entre la enseñanza del Derecho y la carrera judicial.

Si se lee la normativa completa se puede apreciar que esta carrera no se diferencia del Derecho, sino que fue creada con el objetivo específico, como se mencionó, que los funcionarios judiciales tengan un conocimiento básico del Derecho y de las actividades de la judicatura. El problema se encuentra en que esta función le compete a las universidades, pero en determinado momento histórico se encontró un vacío que debía subsanarse, puesto que el tema de la administración de justicia termina siendo de interés público, tema delicado puesto que infiere tajantemente en la vida de todos los ciudadanos.

⁴⁰⁴ Ibidem.

Este es el motivo por el cual se dice que se busca la idoneidad del funcionario público judicial, que sea idóneo y ejerza con perfección la administración de justicia, sin embargo, esto lleva de nuevo a preguntas filosóficas, que la carrera judicial ha ignorado, como lo es: qué es administrar justicia de manera perfecta, qué es perfeccionar la administración de justicia. Estas preguntas son las mismas que se realizaron con respecto a la crítica de la enseñanza del Derecho, qué se busca cuando se habla de “enseñanza de calidad” del Derecho.

Si se considera que el perfeccionamiento de la administración de justicia va aunada con la enseñanza de calidad del Derecho, entonces definitivamente no debería existir la carrera judicial, puesto que es un tema que debería desarrollarse en la educación universitaria, pero evidentemente la creación de estas normas y órganos auxiliares se hizo con una visión y pensamiento de Estado protector y benefactor.

En lo que respecta a la ley que reformó este estatuto, la ley de Carrera Judicial del año 1993, indica que podrán ingresar los abogados del país autorizados para el ejercicio de la profesión y que hayan aprobado los concursos; pero en ese año el único filtro o verdadero requisito eran los concursos, puesto que no había regulación para ser abogado autorizado, simplemente ser licenciado con título de la universidad que se impartiera la carrera de Derecho. Estos elegibles contarán con capacitación periódica, de acuerdo con las posibilidades y programas de la escuela judicial o con otras instituciones de educación, nacionales o extranjeras, si así se estimare de interés para el poder judicial.⁴⁰⁵ Con esto se puede observar que se crea la carrera por un interés público judicial de tener un abogado con un conocimiento básico, y que si es de interés del Poder Judicial, es decir, si el órgano directivo considera que hay una necesidad o vacío en cierta área del conocimiento, la carrera

⁴⁰⁵ Asamblea Legislativa (1993). Ley de Carrera Judicial, n°7338. Costa Rica.

abrirá curso e impartirá capacitación para tener un mínimo y homogenizar el trabajo de calidad de las autoridades judiciales.

Menciona esta norma que el consejo de la judicatura estará nombrado por un magistrado, un integrante del consejo superior del poder judicial, integrante del consejo directivo de la escuela judicial, dos jueces superiores que conozcan de diversa materia, y este consejo es el que determina lo que se evalúa y califica en los concursos a la judicatura y cargos jurídicos dentro del poder judicial.⁴⁰⁶

Considerando este punto, si bien parece meramente de interés administrativo y no sobre contenido sustantivo filosófico sobre la administración de justicia en Costa Rica, se puede observar que aquellos que evalúan a quienes serán parte de la administración de justicia, quienes califican y deciden, son jueces que están dentro del Poder Judicial y algunos otros funcionarios que no necesariamente son jueces, pero probablemente son abogados. Estas personas son las que juzgan lo que “es” un conocimiento “básico” del Derecho, y si se vuelve al punto sobre “qué es el Derecho”, “qué es fundamental en el Derecho”, se volverá a temas filosóficos del Derecho primarios, son preguntas iniciales y que deciden la corriente de pensamiento y deciden lo que se va a enseñar en la carrera judicial. Al fin y al cabo el Derecho no es una ciencia “dura” que tenga conocimientos básicos compartidos, todo el conocimiento en el Derecho es debatible, tiene posiciones y al día de hoy cada una de estas corrientes sigue vigente.

Este consejo tiene la facultad de comisionar tribunales, indica la ley, compuestos por abogados especializados y de reconocida trayectoria en su campo profesional para evaluar la materia por evaluar y envía a la corte y el consejo superior del Poder Judicial las ternas de

⁴⁰⁶ Ibidem.

abogados elegibles. Cómo identifican que una trayectoria es reconocida, si uno tiene más publicaciones que otro, y si tienen la misma cantidad, cuáles publicaciones consideran más reconocidas que las otras, si al final el gusto por uno u otra publicación depende de todo el bagaje cultural, de conocimiento y filosófico que tenga un jurista al leer dicha publicación, es decir, también termina siendo una decisión subjetiva y personalísima.

Por último, otra facultad importante es que convoca a concursos y recomienda al consejo directivo de la escuela judicial la implementación de cursos de capacitación. Entonces, si bien indica que tiene parámetros “objetivos” / “científicos” para medir quien está preparado o no para ser parte de la judicatura, lógicamente termina siendo una decisión política, como lo es el nombramiento de los magistrados, de esta manera promueven una forma de pensar y consolidan una corriente filosófica del Derecho a la que ellos se adhieren.

407

Ahora, la Escuela Judicial de la que se habla en la ley de carrera judicial, fue creada previamente a la emisión de la ley de carrera judicial, en el año 1981, por medio de la ley de creación de la escuela judicial, esta indica que la escuela es un órgano auxiliar del poder judicial bajo la dirección del consejo directivo, nombrado por Corte Plena. El consejo directivo está formado por un magistrado, dos jueces superiores de diferente materia, el director de la escuela judicial, el jefe de la defensa pública, el jefe del ministerio público y el jefe del Organismo de investigación judicial.⁴⁰⁸

De acuerdo con la ley de la escuela, el objetivo de su creación es:

Desarrollar programas de capacitación especializada dirigida a los servidores judiciales, que permitan fortalecer de manera integral sus conocimientos y aptitudes para el adecuado

⁴⁰⁷ Ibidem.

⁴⁰⁸ Asamblea Legislativa (1981). Ley de Creación de la Escuela Judicial, n° 6593. Costa Rica.

desempeño de sus funciones, contribuyendo con ello a una administración de justicia pronta y cumplida.⁴⁰⁹

Este objetivo es generalizado, puesto que la escuela fue creada para todos los servidores judiciales, incluso los asistentes administrativos que requieren de cierto conocimiento que les permita brindar un servicio mínimamente de calidad, ya que trabajan en una institución del Estado que, de acuerdo con la teoría democrática, es una institución del pueblo y para el pueblo, así que sin importar que no sean abogados, requieren de un conocimiento que les permita cumplir con los ideales del Poder Judicial, estos son los objetivos o valores supremos que menciona la Constitución Política.

La capacitación de los servidores merece mención ya que los actos administrativos terminan teniendo efecto indirecto o mediato en la administración de justicia, su producción debe ser realizada con una dirección, hacia los valores fundamentales del país, permitiendo así como menciona el objetivo de la ley, un adecuado acceso a la justicia, siendo esta, al parecer y así como lo menciona esta ley, un fin último de la labor del poder judicial, administrar justicia de manera pronta y cumplida.

Este fin último merece atención también, en el sentido que jerarquiza los valores que lideran la administración de justicia, poniendo la prontitud y el cumplimiento de la justicia por encima de todos los demás valores que debe seguir el Estado costarricense; esta decisión puede justificarse en que se pensó en el funcionamiento administrativo de la institución en general, para permitir llevar a cabo o cumplir, con los demás derechos en el final de cada intervención o acto jurisdiccional que ejecuta el poder judicial en las relaciones civiles de las que tiene conocimiento.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

Con respecto a la función de la escuela, es la formación y capacitación de los servidores del poder judicial. Los profesores que la integran pueden ser funcionarios judiciales con experiencia en la materia por impartir, pueden ser profesores universitarios o ex becarios de la Corte o profesores invitados. Los cursos son de perfeccionamiento para funcionarios que no son abogados, bachilleres en Derecho o egresados de la Facultad de Derecho que estén ejerciendo cargo de alcalde, juez de instrucción, agente fiscal o defensor público; estos cursos son elegidos de acuerdo con el criterio de la escuela y consejo directivo, son estructurados pensando en formar las concepciones morales del alumno, la calidad y eficiencia del trabajo por realizar y en hábitos de servicio y relaciones para con las demás personas.⁴¹⁰

Con este último manifiesto de la ley de creación de la escuela judicial se evidencia plenamente el fin de construcción de un posicionamiento filosófico frente a “la cosa”, frente a la materia en la que trabajan, la aplicación del Derecho o el uso inmediato del Derecho, diferente de lo que sería en cualquier otro trabajo. Indican que deben formar concepciones morales para el trabajo dentro del poder judicial, y es que este termina siendo un poder político del Estado, que a pesar de llamarse apolítico, es parte del Estado y necesariamente, como lo explica la teoría política, es un órgano creado con fines políticos, en este caso fines liberales democráticos.

Sin embargo, es interesante que en la ley no se ahonde o explique cuáles serán las concepciones morales por implementar, lo que puede deberse a simple ignorancia y desconocimiento o medio/estrategia para que las autoridades políticas en el momento decidan cuáles serán los fundamentos filosóficos que implementarán en los funcionarios judiciales,

⁴¹⁰ *Ibidem.*

de hecho, en la ley no se estipularon pero en la página del Poder Judicial se hace un listado de valores institucionales, entre ellos la honradez de sus funcionarios, comprometidos con las normas morales, aunque una vez más, no indica cuáles, pero continúa manifestando que sus funcionarios dicen la verdad y son justos, es decir, se consideran virtudes propias del ser humano, funcionario judicial.

Entre el plan de estudios de la escuela se encuentra un curso básico sobre el funcionamiento del poder judicial y su relación con otras oficinas públicas. Los cursos son establecidos por el consejo directivo, pero si se promulgan nuevas leyes y cuando sea conveniente, se estructurará un curso sobre el contenido de esta normativa, que será obligatorio para los servidores que indique el Consejo. En caso de que la normativa no sea compleja podrá sustituirse el curso por publicaciones. El consejo también puede organizar seminarios, coloquios, reuniones, mesas redondas, foros y paneles, que contribuyan a la capacitación del personal judicial y sirvan de extensión cultural a la comunidad.⁴¹¹

La escuela judicial indica que su misión es brindar un servicio de calidad, mediante el trabajo interdisciplinario eficiente y eficaz, que contribuya con la optimización de la administración de la administración de justicia. En cuanto a la visión, menciona que es ser una organización de formación, capacitación e investigación, tanto a nivel nacional e internacional, que contribuya con la excelencia de la administración de justicia.⁴¹²

Entonces, finalmente se puede observar que la creación de la escuela tuvo en cuenta que el conocimiento requerido es interdisciplinario, para trabajar de manera eficiente y eficaz, ya que el fin es formal o secundario, es procedimental y accesorio al fin último que sería la administración de justicia consolidada en una resolución válida y ejecutable, esto lo

⁴¹¹ *Ibidem.*

⁴¹² Poder judicial, *Historia, organización y funcionamiento* *Ibid.*

especifica al decir que se busca mejorar el proceso para optimizar el producto final, que es la administración de justicia.

Ahora, si se considera las normas analizadas anteriormente, se puede llegar a una primera conclusión en esta sección y es que el fundamento o estructura normativa del poder judicial acepta que debe educar a sus trabajadores, desde los administrativos hasta los jueces, con concepciones morales y por ende, la elección de una concepción filosófica, en todas las normas menciona que debe enseñar para la optimización de la administración de justicia, pero no indica explícitamente qué considera pertinente de enseñar, cuáles son estos valores morales que se desean en el funcionario judicial, queda abierto para implementar por decisión política de los miembros de los respectivos consejos, enfocándose prioritariamente en la celeridad del proceso judicial, lo que no quiere decir que no se tome posicionamiento frente a lo que quieren en el pensamiento de los funcionarios o en los jueces, sino que se deja un espacio en “blanco” o vacío, ya sea por invisibilizar y considerar no importante, o por considerar que los jerarcas políticos a lo interno del Poder Judicial sabrán como tomar sus decisiones dirigidos por los principios fundamentales y mayores del liberalismo político, o simplemente se deja en “manos” de la creación social y política que llegue a consolidarse en cada gobierno judicial en conjunto con los gobiernos centrales.

B. PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DETRÁS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Para determinar cuál es el pensamiento filosófico de los administradores de justicia, se toman en cuenta varios factores que se pueden tomar en consideración, mismos que afectan su perspectiva y visión del Derecho, entre estos está su educación sobre Derecho previa, misma que obtienen de su “alma mater”, luego se encuentra el factor filosófico que deben adoptar de la institución, que dependiendo de la institución que se egresaron, no habrá mucha

diferencia de pensamiento, pero si existe alguna concepción del Derecho distinta, cuando ingresan a este poder del Estado adoptarán una nueva posición o nutrirán la previa adoptada de su recinto académico superior.

Esta filosofía del Derecho institucional se puede observar tanto en sus normas escritas directoras así como en las resoluciones que emiten sus administradores de justicia, ya que es en estas en las que deben implementar y escribir su razonamiento y pensamiento, tomar decisiones finalmente políticas.

Por esta razón, el primer apartado de esta sección analizó la normativa que sirve como delimitante del pensamiento de estas autoridades judiciales, y en este apartado se continuará analizando las resoluciones escritas para obtener de las mismas ciertas ideas escritas de los jueces, que muestran estructuras valorativas y decisiones mentales que serán comparadas con las ideas fundamentales de cada corriente filosófica del Derecho desarrollada al día de hoy, para determinar así cuál podría ser la corriente filosófica que guía a los administradores de justicia en Costa Rica en su trabajo diario y que funge como delimitante del Derecho seguido en el Estado costarricense, afectando directamente la enseñanza del Derecho en Costa Rica.

La jurisprudencia, así como lo mencionó la Sala primera en su resolución número 81 del año 1997, tiene valor y personalidad dentro de la jerarquía de las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico costarricense, esta pasó de ser un criterio de interpretación a constituir una fuente con valor idéntico al de la norma interpretada, integrada, o con eficacia de ley cuando hubiere ausencia de norma, se dejó de ver no como un cúmulo de opiniones, sino que está constituida por los principios derivados de las sentencias reiteradas de los más altos tribunales; se auxilia de la cultura jurídica para nutrir el ordenamiento jurídico, esto

quiere decir que se constituye por el cúmulo de conocimientos históricos, científicos y filosóficos del Derecho.⁴¹³

Esta aclaración de la Sala Primera permite observar el cambio de pensamiento filosófico sobre el Derecho que hubo en Costa Rica en los años noventa, ya que se creó una normativa que otorgaba valor jerárquico y legal a la jurisprudencia, básicamente se trajo al papel para visibilizar lo que ya en la realidad era la jurisprudencia, al final siempre ha fungido como Derecho nuevo para cada caso concreto; entonces la LOPJ, en la que se contiene la jerarquía de las normas que guían a los administradores de justicia, simplemente vino a aceptar la realidad y positivizarla para crear un ámbito de seguridad jurídica o seguridad específica dirigida a aquellos abogados, que la falta de norma escrita, les genera vértigo.

Según la descripción que hace la sala primera de la jurisprudencia, esta no es un cúmulo de opiniones o un simple razonamiento lógico aplicativo de una norma casi de manera matemática y natural, sino que es el ejercicio de la potestad jurisdiccional con validez formal, por parte de las altas Cortes, que por su reiteración termina creando un ámbito de intersubjetividad y consenso en cuanto a la valoración de determinados casos a la luz del Derecho, todo esto a partir de un razonamiento fundado que trae a colación, y al pensamiento jurídico costarricense, conocimientos históricos, científicos, todos estos fundamentales para las decisiones en Derecho, no solo pensando en la norma individualizada, aparte de la sociedad, sino en los elementos sociales que forman y cambian el Derecho.

En el momento de emitir esta resolución la sala hizo mención de un punto importante que conlleva un razonamiento jurídico, un pensamiento en el Derecho vigente, y es el uso de

⁴¹³ Corte Suprema de Justicia. (1997). Resolución 00081-1997, Sala Primera de la Corte. Costa Rica.

conocimiento filosófico plasmado en las resoluciones y evidente en la jurisprudencia, mismos que serán los que se buscará identificar en este apartado.

La jurisprudencia no busca generar un criterio pétreo pero sí constante, conforme y semejante. Por disposición expresa solo puede provenir de las salas de casación, constitucional y los criterios de corte plena.⁴¹⁴ En esta sección se hará un análisis de resoluciones emitidas por las diferentes salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, así como de las resoluciones de la Sala Constitucional. Se hará un estudio de dos sentencias por cada sala, con lo que se obtendrá una muestra representativa de la tendencia filosófica de la Corte; sentencias que tienen como único criterio de selección que en su argumentación se haya mencionado alguna corriente o postura filosófica del Derecho, o simplemente conceptos elementales considerados fundamento del Derecho como argumento.

Para iniciar, se cuenta con la Sala Primera de la Corte, especializada en materia civil y administrativa. De resolución más reciente a resolución más antigua, con la resolución 00359 emitida en el año 2000, en la que se resolvió sobre el pago de un cheque prescrito, si el tiempo de prescripción comercial es de cuatro años, por lo que el recurrente alega indebida aplicación de las normas 618 y 814 del código de comercio, así como omisión del artículo 831 del mismo código.⁴¹⁵

La sala indica que el artículo 814 del código de comercio establece que cualquiera que sea la fecha de emisión, el banco hará buen pago a la presentación, toda razón indicativa de que el cheque debe ser cobrado en fecha futura, se tendrá por no puesta y carece de valor legal. Por otro lado, el ordinal 831 *ibídem*, indica que en cualquier tiempo, dentro del término

⁴¹⁴ *Ibídem*.

⁴¹⁵ Corte Suprema de Justicia. (2000). Resolución 00359-2000, Sala Primera de la Corte. Costa Rica.

de la prescripción, el banco girado deberá pagar el cheque total o parcialmente, si el librador tiene fondos suficientes para ello y no ha recibido contraorden ni mandato judicial para no hacer el pago.⁴¹⁶

La argumentación de la sala con respecto a este punto es que de acuerdo con el principio de hermenéutica jurídica, si el sentido literal de la norma es claro y refleja sin lugar a dudas la intención del legislador, a ese tenor ha de estarse necesariamente. Cita la sala el aforismo *in claris non fit interpretatio*. Si es necesario interpretación, esta habrá de hacerse en forma armónica y sistemática en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, atendiendo, al espíritu y finalidad de ella, artículo diez del Código civil.⁴¹⁷

La interpretación, de acuerdo con la sala en esta resolución, es viable cuando existen normas contradictorias o con conceptos diferentes en el mismo cuerpo normativo, pero la interpretación debe hacerse procurando la unidad del ordenamiento jurídico. En dado caso, el juzgador debe escoger la norma que más se adapte al espíritu de la ley.⁴¹⁸

Menciona la sala en su IV considerando, un argumento que al parecer la administración de la sala tiene guardado en un archivo por separado para su reutilización, copiar y pegar en cada sentencia que lo requiera, razón por la cual se procede a citar textualmente lo siguiente:

IV.- El derecho es realidad. Eso no se puede perder nunca de vista. Mucho menos lo pueden hacer los operadores jurídicos. Su labor como tales, ha de estar siempre caracterizada por el

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ Ibidem.

empeño de penetrar profundamente en el sentido práctico del derecho. Ello sin perder de vista sus fines fundamentales como son la justicia y la seguridad. Los esquemas teóricos de férrea lógica, no deben llevar a los excesos conceptualistas que se apartan de la realidad. Dicha tendencia no es idónea para dar solución a los conflictos cotidianos que se presentan en la sociedad. Si a ésta no se le escudriña, observando con detalle su comportamiento en general, y sus diversas reacciones, como organismo viviente que es, se corre el riesgo de convertir el derecho en una especie de corsé inflexible sin aptitud para resolver los problemas concretos de la vida diaria. Por eso fue grande y trascendente el Derecho romano. Su verdadero valor no estribó tanto en el contenido de sus preceptos, cuanto en el método de sus juristas. Ellos supieron interpretar cada caso en particular, con el sentido eminentemente práctico y humano del derecho. Así lo entendían y lo vivían. Por tal razón, el valor de su jurisprudencia perdura como fuente auténtica del derecho. Comprenderlo así, como ellos lo comprendieron, significa recrearlo o remozarlo en cada caso, impidiendo su fosilización al amparo del positivismo legalista.⁴¹⁹

Menciona la sala que la prescripción extintiva, negativa o liberatoria, es una institución creada para tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas, asistido por un interés social. La postergación indefinida acarrea duda y zozobra en los individuos, y amenaza la estabilidad patrimonial. El instituto busca eliminar situaciones de incerteza, y requiere de tres elementos: el transcurso del tiempo previsto por la ley, la falta de ejercicio por parte del titular del derecho y la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer, por medio de acción o excepción, pues no puede ser declarada de oficio por el juez, y es posible su renuncia tácita o expresa, siempre y cuando no sea anticipada.⁴²⁰

⁴¹⁹ Ibidem.

⁴²⁰ Ibidem.

Además, los fundamentos que ha tenido este instituto en la historia y que han cambiado, de acuerdo con la concepción de la figura en el ordenamiento jurídico. Según la sala en un principio se consideró una sanción o pena contra el titular de un derecho quien, por negligencia, crea una situación de inseguridad. También la doctrina ha dicho que la prescripción encuentra su razón en una presunta renuncia tácita del derecho por parte del titular, que por inactividad manifiesta intención de no reclamar lo que le corresponde. Pero la posición dominante, según la sala, es el fin de crear un estado de seguridad jurídica ante una situación objetiva de incertidumbre. El valor jurídico tutelado es la seguridad jurídica, que pretende evitar el ejercicio sorpresivo de un derecho.⁴²¹

... el derecho, como vehículo para la realización de la justicia, precisa actuar, necesariamente, dentro de un marco de certeza y seguridad. De no ser así, el fin último enunciado se vería frustrado en su dimensión práctica o funcional. La justicia no puede operar en medio de situaciones de incertidumbre e inestabilidad. Es por ello que la seguridad se yergue, inevitablemente, junto con la justicia, como valor esencial del derecho.

Ninguno de los dos, como fin de éste, es absoluto en el quehacer jurídico. En algún momento, uno de ellos, en aras de la supervivencia del otro, tiene que ceder. Eso ocurre en el caso de la prescripción cuando, en favor de la seguridad, cede la justicia. (...)

De no ser así, ésta, como fin esencial del derecho, peligraría, al entronizarse la incertidumbre y el desorden en el medio social, factores que la tornan inalcanzable. Tal fenómeno significa no ignorar la justicia, sino fijar un plazo por parte del legislador, dentro del cual la tutela de ella halla cabida. (...)

⁴²¹ *Ibidem.*

Es así como en este caso, la sala resuelve a favor del recurrente y confirma la resolución del ad quo, que declaró prescrita la obligación y la responsabilidad del banco por el pago del título prescrito. De la argumentación de la Sala Primera, resulta importante rescatar varios puntos:

1. La sala utiliza principios generales del Derecho para interpretar normas, así como es permitido y debido de acuerdo con la LOPJ, lo que es seña de que se consideran los principios como normas y no solo como tradición jurídica o dogmática, como valores o pensamientos abstractos teóricos de la práctica del Derecho, sino que se tienen como fuente real del Derecho. Todo esto a pesar de que se plasme en una norma escrita o no, los principios terminan siendo valores jurídicos perpetuados en la práctica y legitimados por los sujetos participantes del Derecho.

2. La Sala utiliza como primer principio argumentativo la “hermenéutica jurídica”, mismo que versa sobre las reglas de interpretación de la norma o del Derecho, tendencia interpretativa desarrollada desde la antigüedad en la exégesis, partiendo de una primera interpretación, la literal o gramatical y continuando con otras reglas interpretativas.

La hermenéutica jurídica fue desarrollada con el pensamiento que las normas o el Derecho son una ciencia aparte de todas las demás ramas del conocimiento por lo que tiene su propio método de interpretación, percibe el Derecho como separado de todo lo demás, moralidad y ética, entre otras ramas del conocimiento, por lo que se puede encontrar un verdadero significado si se aplica correctamente el razonamiento jurídico, como si se aplicara correctamente una ecuación matemática.

Continúa la sala diciendo que si la norma es clara y refleja la intención del legislador, debe aplicarse como expresamente está escrito, como se sustrae del aforismo romano *in claris*

non fit interpretatio. Lo que evidencia una concepción clásica de la interpretación y del Derecho, es decir, muestra un resabio exegético del Derecho, para luego mostrarse un tanto más abierto en pensamiento y decir que si es necesaria interpretación normativa, esta se hará en armonía y de manera sistemática, con el contexto, antecedentes históricos y legislativos, realidad social y atendiendo al espíritu de la norma, todo esto de acuerdo con el artículo diez del código civil.

Sin embargo, como se pudo observar en capítulos anteriores, la interpretación sistemática deviene de la idea de un ordenamiento jurídico perfecto y completo, por lo que la solución siempre se puede encontrar en la normativa, aunque es rescatable que la Sala menciona que se debe tener en mente el contexto y la realidad social, esto evidentemente no se hacía en tiempos positivistas clásicos, sino que es una visibilización social que viene con el cambio a un positivismo post moderno.

Con respecto a la mención de antecedentes históricos y espíritu de la norma, en este caso no hay cambio con respecto a la tendencia clásica y normativista, puesto que con antecedente histórico no se refiere a un antecedente antropológico, por ende, pensamiento interdisciplinario del Derecho, sino que se considera antecedente histórico la revisión de normas antiguas; esto se puede apreciar con el uso del término “espíritu” de la norma, palabra de preferencia normativista, puesto que si a lo que hace referencia es al objetivo de la norma, seguiría poniéndose al Derecho como creador de realidad social, cuando es de conocimiento actual que sin importar lo que el legislador haya pensado en cierto momento en el pasado, la sociedad cambia y así el Derecho de manera conjunta, por lo que debe adecuarse la norma al hecho social y no el hecho social subsumido en “letras” (normas).

3. Esta concepción positivista que brinca entre clásica y post moderna por parte de los magistrados, se ratifica al mencionar que el ordenamiento jurídico debe ser pensado y

considerado una unidad, y en caso de que hayan contradicciones o antinomias, no debe elegirse el mayor bien social o de las partes, sino la resolución que se adapte al espíritu de la ley.

4. Contrario a la línea discursiva que lleva la Sala, que pareciera un entramado de retazos, de diferentes pensamientos como telas, sin coherencia hacia la decisión de una idea, la decisión en una postura jurídica. La sala continúa citando su argumento sólido y con peso jurisprudencial puesto que es reiterado en las sentencias desde los años noventa para acá, y es el argumento que denominan: “el Derecho es realidad”.

En este manifiestan los magistrados adherirse a esta relativamente nueva corriente de pensamiento jurídico y filosófico, que propone el Derecho más que norma, como práctica, teniendo en consideración valores supremos como la justicia y seguridad. Dejando a un lado la dogmática llena de conceptos y rituales que perdieron sentido si se apartaron de la realidad social. Esta corriente filosófica del Derecho desarrollada en Alemania concibió el Derecho como fenómeno social, por lo que considera el Derecho así como la sociedad un organismo viviente.

Como organismo en constante movimiento, la aplicación ritualista y dogmática del Derecho, analiza la Sala, sería analógicamente como el uso de un corsé inflexible, que no se puede usar en problemas concretos de la vida diaria. El Derecho se debe interpretar con un sentido práctico y humanizado, lo que permite recrear el Derecho impidiendo su fosilización al amparo de un positivismo legalista.

Entonces, a partir del discurso anterior, se puede observar como, si bien los magistrados citan diferentes concepciones del Derecho antiguas como la exegética, en este apartado deciden apartarse manifiestamente del positivismo legalista, el positivismo clásico, lo que en realidad corresponde a lo argumentado a través de la sentencia, ya que si bien se

evidencia una concepción positivista del Derecho, corresponde más a una concepción post moderna o neo constitucional del Derecho, que una positivista clásica.

5. Esto se evidencia al valorar el concepto o instituto jurídico de la prescripción extintiva a partir de valores sociales que los fundamentan y que siguen vigentes, como el orden social y la seguridad jurídica, estos son intereses sociales que busca la democracia y no un autoritarismo normativo. Asimismo, la sala decide utilizar como respaldo de esta interpretación normativa o conceptual, la historia del instituto jurídico y los diferentes fundamentos sociales que se les ha otorgado a través de la historia, que hoy en día se ha decidido por adherirse al fundamento de la seguridad jurídica de los ciudadanos, para realizar justicia, fin último del Derecho de acuerdo con los magistrados; que admiten a su vez, la necesidad de hacer un ejercicio de ponderación de valores supremos, en el que siempre uno va a ceder frente al otro, afirmando que se adhieren a una corriente neo constitucional del Derecho.

Siguiendo con este análisis jurisprudencial, en la resolución número 00081-1997 de la Sala Primera, se resuelve recurso de casación interpuesto por una de las partes demandadas en proceso ordinario por resolución de contrato de compra venta, con fundamento en la transgresión al artículo 692 del Código Civil, recurso que se declara sin lugar por ser impreciso sobre la mencionada violación a este artículo; sin embargo, el magistrado Zeledón Zeledón deja una nota importante para su análisis.⁴²²

Zeledón Zeledón manifiesta que difiere con el criterio de los demás magistrados con respecto a la imposibilidad de casar sentencia por quebrando a la jurisprudencia, basados en el artículo 595 del Código Procesal Civil. De acuerdo con Zeledón, el ordenamiento jurídico

⁴²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1997). *Ibíd.*

costarricense ha evolucionado en cuanto a su concepción de las fuentes del Derecho, tanto así que se ha reconocido la jurisprudencia dentro de la jerarquía de las normas, ya no como criterio de interpretación sino que tiene eficacia de ley en ausencia de norma.⁴²³

Este avance ocurrió, según la argumentación de Zeledón, cuando se abandonaron los criterios clásicos que le daban valor de fuente jurídica solo a las normas escritas. Hoy en día se ha reconocido al juez el rol de forjar soluciones jurídicas, admitiendo las limitaciones del legislador y la legislación, que en su misión se abandonó la tarea de ajustar el ordenamiento a las exigencias sociales y de los nuevos valores de la cultura.⁴²⁴

La jurisprudencia parece estar más cerca de los grandes conflictos y tiene la capacidad de ir ajustando técnicamente el ordenamiento a las nuevas exigencias, lo que no implica el rompimiento de la división de poderes, sino que moderniza el sistema jurídico. Asimismo, se puede ver este avance con nuevas normas emitidas que regulan el sistema de fuentes, como la Ley General de la Administración Pública en sus artículos siete y nueve, la reforma al Código Civil, artículo nueve, la Ley de Jurisdicción Constitucional artículo 13, la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo cinco.⁴²⁵

En un principio la jurisprudencia era una opinión como la doctrina, por ser considerada la voz de la ley, la misión del juez era reiterar la voluntad del legislador, esto en la época de la exegesis, que se presumía la posibilidad del legislador de prever todos los conflictos jurídicos. Esta filosofía, de acuerdo con el magistrado Zeledón Zeledón, la filosofía iuspositivista, formó el Código de Napoleón, momento en que incluso prevalecía el criterio del juez antes que la jurisprudencia, pero esta tesis manifiesta Zeledón fue superada, ya que

⁴²³ Ibidem.

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ Ibidem.

fue imposible establecer un código o ley con todas las soluciones del mundo futuro. A partir de este momento se obliga al juez a no emitir sentencia en ausencia de norma sino recurrir a los principios generales del Derecho.⁴²⁶

Indica el magistrado que modernamente la jurisprudencia presenta nuevas características y solo si se cumplen puede considerarse fuente normativa. Entre estas se encuentra: que constituya un acto doctrinario de interpretación, integración o delimitación del ordenamiento jurídico, esto al redimensionar el alcance de la normas por medio de un acto volitivo, así el juzgador no solo aplica el texto de manera automática sino que ante la necesidad de cambios le marca una impronta doctrinaria para evolucionar el Derecho.⁴²⁷

También menciona que en el artículo diez del Código Civil, se establece la forma en que se deben interpretar las normas, primero según el sentido propio de sus palabras, después en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social atendiendo al espíritu y finalidad de las normas. Esto marca una separación entre esta posición y el criterio tradicional de la exégesis. De acuerdo con el magistrado, así la norma cobra vida y se manifiesta en la realidad, por eso la jurisprudencia es dinámica y la ley estática. También la ley deja de ser solo norma, sino que adquiere sentido real y axiológico.⁴²⁸

Otra característica de la jurisprudencia es que es la aplicación uniforme del Derecho de los más altos tribunales, lo que brinda seguridad jurídica. Indica Zeledón que la jurisprudencia del sistema romano germánico o *civil law*, difiere del *common law*, ya que el sistema de casación genera conceptos mientras el otro resuelve con base en el precedente, lo que implica buscar casos casi idénticos, si se encuentra debe resolverse igual. En el sistema

⁴²⁶ Ibidem.

⁴²⁷ Ibidem.

⁴²⁸ Ibidem.

costarricense no es así, la jurisprudencia es cambiante y evolutiva, sin embargo, la reiteración de la misma genera *opinio iuris* y seguridad jurídica, en sí, no las sentencias sino los principios derivados de estas.⁴²⁹

Por último, otra característica de la jurisprudencia de acuerdo con este magistrado, es la aplicación de los principios generales del Derecho, puesto que se auxilia de la cultura jurídica, conocimiento históricos, científicos y filosóficos del Derecho, esto porque las resoluciones deben ser concordantes con el devenir histórico, deben ser lógicas de acuerdo con los avances científicos y debe servirse de la filosofía para dotar las normas de valores de la sociedad, para llevar equidad al caso concreto. Esta concepción de acuerdo con Zeledón difiere de las antiguas tesis iusnaturalistas o positivistas, que consideraban los principios del Derecho emanados de divinidades o del mismo ordenamiento. Por esto, no se considera jurisprudencia la reiteración de la norma a través de la exegesis, esto no tiene valor.⁴³⁰

Indica el magistrado Zeledón que a partir de la explicación anterior, se logra determinar que sí puede haber casación por quebranto de la jurisprudencia, si se entiende ley desde una óptica omnicomprendensiva como ordenamiento jurídico en general. Por último, se debe rescatar que, para este magistrado, el derecho moderno es un derecho jurisprudencial, por eso ahora se invoca más la obra judicial que la legislativa.⁴³¹

Es así como Zeledón manifiesta que debe acogerse la casación por quebranto a la jurisprudencia, ya que no aceptarlo sería dar un trato desigual al justiciable, que es una garantía democrática. Respaldada esta posibilidad de casación con el Derecho comparado, indica que en España esta posibilidad está expresa, que no es necesario definir ley porque

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ Ibidem.

esta problemática fue superada, considerándose la ley en sentido amplio, no solo un tipo normativo, identifica las fuentes reconocidas por el sistema, e incluso puede tomarse la fórmula alemana de violación normativa, pero no considera necesario una reforma, porque los conceptos jurídicos no requieren definiciones, menos si son temas ya tratados por la ciencia jurídica.⁴³²

En su crítica al rechazo de un recurso de casación por la jurisprudencia, el magistrado Zeledón en año 1997 se adhiere a una corriente filosófica del Derecho bastante novedosa y es la corriente realista del Derecho, y esto se puede observar por los siguientes criterios importantes de su argumentación:

1. De acuerdo con Zeledón, la jurisprudencia es fuente del Derecho y parte de la jerarquía de las normas, ya no es un criterio que sirve simplemente para interpretar, considerando el juez como siervo de la ley, sino que la jurisprudencia tiene valor de ley formal en ausencia de norma, y esto, resultado del abandono de criterios clásicos que consideraban fuente del Derecho únicamente las normas escritas. Esto es importante porque en ese año, ya finalizando el siglo XX en Costa Rica, un magistrado muestra conocimiento y no solo conocimiento sino legitima la realidad jurídica, es decir, las concepciones del Derecho como cambiantes y la necesidad de adoptar y fundamentar el porqué de la adopción de una corriente filosófica del Derecho, para poder resolver, presentando uno de los efectos reales que tiene considerar el Derecho desde una cierta perspectiva o concepción filosófica, como lo sería continuar con lo que él llama “criterios clásicos” del Derecho.

2. Indica Zeledón que hoy en día se admitió la limitación del legislador y la legislación en cuanto a ajustar las normas a las exigencias sociales y los valores culturales.

⁴³² *Ibidem*.

Esto porque la concepción positivista clásica, consideraba al legislador única autoridad con potestad de crear Derecho puesto que era el legitimado democráticamente para llegar a emitir normas, sin embargo, esto simplemente quedaba en el papel, en la teoría, ya que en la vida real la norma era mínima con respecto a los problemas de la cotidianidad, al igual que los valores cambiaban y las mismas situaciones reguladas de cierta manera, luego las personas lo valoraban distinto, por lo que dejaba de adaptarse y por ende, ser justo para la población, o inclusive dejaba de ser democrático.

3. Indica Zeledón que considera que la nueva concepción del Derecho no implica romper con la división de poderes, sino que moderniza el Derecho y se incorpora en las nuevas normas emitidas por el legislador, como la Ley Orgánica del poder judicial, entre otras. Sin embargo, dejando a un lado los fundamentos normativos que respaldan la legitimación de la jurisprudencia como parte de la jerarquía de las normas, también se debe analizar la crítica sobre la transgresión al principio de separación de poderes; y es que el considerar que otorgar validez a la jurisprudencia como norma violenta la separación de poderes es una crítica normativista, es pensar ingenuamente que sin norma que otorgue esta validez a la jurisprudencia, entonces ya se respeta y consagra la separación de poderes, misma que será perfecta porque los jueces seguirán siendo “siervos” del legislador, simples obreros o voceros. Sería volver al tiempo déspota del legalista acérrimo que bajo el argumento de que es lo que dice la ley, interpretaba y creaba derecho al caso concreto y su fundamento era eso, se hacía cumplir y nadie podía decir nada.

Con esto se quiere hacer ver que la validez de la jurisprudencia siempre ha existido, pero se ha invisibilizado en la historia, por medio de un discurso al pueblo, para legitimar de manera despótica ciertas decisiones. El hecho de que el ordenamiento y el Derecho se

modernicen significa simplemente que se está optando por un realismo jurídico, por aceptar la realidad, por ser transparentes y buscar la forma de emitir decisiones más democráticas.

4. Zeledón hace un repaso de las antiguas concepciones filosóficas del Derecho, desde la exegesis, el iuspositivismo que fungió como pilar del código de napoleón, que si se recuerda fue fundamento del código civil costarricense; y menciona que todas estas han sido superadas en razón de que el legislador no puede emitir soluciones al mundo futuro, por lo que el juez debe recurrir a principios generales del Derecho, es decir, Zeledón en esta parte se adhiere a un positivismo neo constitucional. También menciona que de acuerdo a la explicación que brinda el artículo 10 del código civil sobre cómo interpretar la jurisprudencia, la norma cobra vida, puesto que se le añade sentido en el contexto y tomando en consideración los antecedentes y la realidad social, por lo que la norma adquiere sentido axiológico. Lo que también es importante puesto que si se admite que la norma tiene un sentido axiológico resulta elemental su estudio y análisis filosófico para su aplicación.

5. En otro punto Zeledón manifiesta que la jurisprudencia brinda seguridad jurídica, puesto que crea conceptos de Derecho y principios de Derecho, lo que demuestra cada vez más la adhesión de Zeledón a un neo constitucionalismo, y admite la necesidad de la filosofía del Derecho y los conocimientos interdisciplinarios para resolver y crear jurisprudencia, puesto que estos criterios deben estar concordes con los avances científicos y los valores sociales del momento, para lograr justicia y equidad en los casos concretos, lo que aparenta cierto realismo por parte de Zeledón. Indica que una resolución que reza las normas o simplemente argumenta analizando una norma de manera exegética no crea jurisprudencia sino que es voz de la ley; el Derecho es jurisprudencial, y fundamenta su criterio además con Derecho comparado de España.

6. Termina diciendo que no es necesario cambiar la norma que indica que la casación solo es permitida en transgresión de la ley, puesto que los conceptos jurídicos no requieren definiciones normativas, menos si están explicadas en el desarrollo de la ciencia jurídica, es decir, definitivamente este magistrado a finales del siglo XX fue un revolucionario en la sala primera, fue en contra del voto de mayoría, y su corriente filosófica definitivamente no es clásica ni legalista, pareciera ser tendiente a la teoría de los principios del Derecho, es decir, neo constitucionalista.

Ahora, se continuará con la Sala segunda especializada en materia laboral y de familia, y el respectivo análisis de ideas que guíen a la adopción de cierto posicionamiento o corte filosófico. En resolución número 00013-1995, emitida el 11 de enero de ese 1995, la sala se encarga de resolver recurso de casación interpuesto por una mujer que fue despedida estando embarazada, a quien en primera y segunda instancia se le rechaza la solicitud de reinstalación a su puesto, con fundamento en el artículo 94 del código de trabajo, que dispone como requisito dar aviso sobre el estado de embarazo al empleador y como no existió prueba de documento que diera aviso formal al empleador en expediente judicial, se rechazó la solicitud de la actora.⁴³³

En cuanto al análisis del juzgado de trabajo que tramitó la causa, se aprecia un análisis gramatical y literal de la norma, artículo 94 del Código de Trabajo, en conjunto con el artículo 317 del Código Procesal Civil, como norma supletoria en cuanto al proceso. Tanto así que se explica el tiempo verbal de “deber” para explicar el sentido indispensable que le confiere el legislador al requisito: “documento probatorio” del estado de embarazo. De acuerdo a la sentencia: *si la actora no demostró que hubiere dado aviso al patrono de su*

⁴³³ Corte Suprema de Justicia. (1995). Resolución número: 00013-1995, Sala Segunda. Costa Rica.

*estado o que hubiera entregado el dictamen que interesa, no puede ahora al amparo de la normativa citada pretender su reinstalación, pues el mismo numeral 94 se la deniega.*⁴³⁴

Por su lado, el tribunal superior de trabajo que llevó la apelación por parte de la actora, declara con lugar la solicitud de la actora y ordena la reinstalación de la misma a su puesto de trabajo, además del pago de los salarios dejados de percibir desde su despido al momento de la ejecución del fallo. Es así como la parte vencida recurre la sentencia ante la sala segunda, argumentando:

- Que es atribución exclusiva de la asamblea legislativa dictar leyes, reformarlas, derogarlas e interpretarlas, de acuerdo al artículo 121 de la Constitución Política, por lo que es inconstitucional que el Poder Judicial legisle o de una interpretación auténtica a la norma, el Poder Judicial debe resolver los casos conforme a la ley, como lo establece también el artículo 154 de la Constitución Política.

- Que estas normas enmarcan nuestro sistema judicial, siendo este direccionado a un positivismo jurídico, según el cual, el órgano jurisdiccional debe resolver los conflictos que ante él se presenten con base en las normas emitidas por el Poder Legislativo, diferente del sistema anglosajón, en el que el juez puede crear Derecho siguiendo su criterio y los principios de justicia, racionalidad y lógica.

- Que el artículo 94 del código de trabajo es claro, no es ambiguo o confuso, dicha redacción no permite interpretaciones. Esta es una norma que crea seguridad jurídica para el administrado y su interpretación viola el principio de división de poderes y el sistema positivista que inspira el ordenamiento jurídico costarricense.

⁴³⁴ *Ibidem.*

A lo anterior, la Sala resuelve que se revoca la sentencia recurrida, por tanto se condena a la parte demandada a pagar la suma correspondiente por preaviso y cesantía considerando los meses entre su despido y el parto, así como los tres meses posteriores al parto. Con razón en lo siguiente:

- La sala analiza la norma previa existente a la que rige en 1995, inclusive previa a la norma que regía en 1993, momento de emisión de la sentencia de primera instancia, y es el artículo 94 del Código De Trabajo, mismo que de acuerdo a la explicación y fundamentación de la sala, buscaba prohibir el despido de mujeres embarazadas; sin embargo, si bien ese era el fin de la norma, en la práctica se utilizó como un requisito para el despido de las embarazadas. Por lo que se desarrolló una amplia jurisprudencia que distinguía posibilidades para probar el estado de embarazo, como el que la embarazada haya comentado su estado en el medio de trabajo y haya sido un tema público y notorio, o que la trabajadora haya solicitado permiso para asistir a control prenatal, haya manifestado malestar físico, vómito, incremento en su abdomen, uso de ropa maternal, y por último, se dispuso la presentación de un examen de laboratorio o certificado médico que indique su estado.

- Indica la Sala que si se realiza un estudio jurisprudencial sobre la norma y su discusión de la prueba de maternidad ante el empleador, ya la autoridad judicial se ha referido al asunto, incluso en resolución 231, emitida por la sala en año 1986, se estableció que se logró probar el estado de embarazo y el conocimiento requerido por el empleador por medio de un testimonio, aunque no existía prueba documental en el expediente, el testimonio deja en claro el conocimiento del empleador sobre el estado de embarazo.

- Además, la sala manifiesta que hay una reforma al artículo 94 del código de trabajo, con la emisión de la ley de promoción e igualdad social de la mujer, N°7142 de 1990, que

exige un requisito para declarar el despido injustificado por embarazo, este es el conocimiento del patrono del estado de embarazo, pero no indica el medio de conocimiento.

- La sala menciona los motivos de creación de la ley N°7142, como parte de su fundamentación de esta resolución; indica que se buscó eliminar la discriminación hacia la mujer para fortalecer la participación de la misma en una sociedad democrática. El fin de la norma es fortalecer un grupo social débil e igualarse ante los demás, mantener un equilibrio, y este es el pensamiento que se debe tener al interpretar esta norma.

- Con la emisión de la ley de promoción e igualdad social de la mujer, se reforma el régimen de despido de la mujer embarazada establecido en el código de trabajo, indicando que la causa justa ahora deberá ser probada por el patrono, pero más importante aún, la sala justifica la norma con el principio constitucional de protección especial a la madre por parte del Estado, artículo 51 de la constitución política.

- Se indica que el requisito del dictamen o certificación médica no puede ignorarse puesto que es parte de la norma y es un progreso legislativo, sin embargo, esto para hacer conocer al patrono del estado de embarazo, en caso de no hacerse de tal manera por parte de la embarazada, entonces corresponde a quienes administran justicia analizar cada caso en concreto para determinar si el patrono tuvo o no conocimiento del hecho.

- Menciona la sala que *“no se pretende a través de la aplicación de la ley, eliminar una norma, sino aplicar su espíritu y analizar, al momento de aplicarla, si los fines de la ley se cumplen o no”*.⁴³⁵

Con lo anterior, si bien lo que interesa es analizar la posición de los magistrados y la Corte para identificar un posicionamiento filosófico frente al Derecho, se agregó algunos

⁴³⁵ Ibidem.

argumentos de un abogado litigante, ya que resulta interesante ver un ejemplo de argumentación de abogados que trabajaban en la “calle” en esa época de Costa Rica, finales del siglo XX, además que este litigante demuestra tener un conocimiento sobre concepciones filosóficas del Derecho y a la que él se adhiere y presenta como óptima para la Corte adherirse, siendo esta el positivismo jurídico.

Iniciemos porque el juzgado a quo realizó un análisis gramatical y literal de la norma, enlazando la norma principal con la norma adjetiva, Código Procesal Civil, es decir, haciendo un razonamiento sistemático del Ordenamiento jurídico, lo que presenta un razonamiento jurídico tendiente a un posicionamiento filosófico formalista o positivista clásico. Sin embargo, este fallo es anulado y suplantado por el *a quem*, resolución que fue suplantada por la resolución última de la Sala segunda.

Ahora, con respecto a lo dicho por el abogado litigante, resulta importante recordar que mencionó el principio de separación de poderes de la República, principio normativo resguardado en la Constitución Política, indicando que la Asamblea Legislativa es el único órgano democráticamente legitimado para dictar leyes, reformarlas y darles interpretación auténtica, por lo que añadir o reformar la norma por parte del juez es una actividad inconstitucional, siendo que Costa Rica se enmarca en un sistema judicial positivista, que limita a la autoridad jurisdiccional a resolver de acuerdo a las normas positivizadas, y no ejercer su autoridad como en el sistema anglosajón, en el que el juez puede crear Derecho siguiendo su “criterio” y principios de justicia.

Es decir, según este abogado Costa Rica en ese momento seguía una corriente filosófica del Derecho positivista clásica, misma que se podía ratificar normativamente en la

Constitución política, sin embargo, este litigante falla al confundir sistema judicial con corriente filosófica positivista del Derecho, ya que la concepción positivista abarca más que el análisis metodológico de los jueces, y lo que son sistemas judiciales sí pueden limitarse a la actividad jurisdiccional, por lo que se puede analizar o clasificar en un sistema anglosajón y uno greco romano.

Por otro lado, yerra el abogado en un vicio lógico argumentativo, al considerar la separación de poderes se ve violentada si se permite al juez crear Derecho, puesto que en el sistema judicial anglosajón, donde según este litigante el juez sí crea Derecho, igual se vive en un régimen político democrático con separación de poderes y no se considera que haya transgresión de este principio. Por lo que hay un evidente vicio en el razonamiento, además que pensar que el sistema judicial greco romano en el que el juez no puede argumentar con principios de justicia, este juez es sumiso ante la ley, simplemente termina siendo un pensamiento autoritario porque es perpetuar un *whishful thinking* que solo el pueblo está obligado a aceptar, mientras las autoridades judiciales saben que siguen creando Derecho.

Siguiendo con lo que importa, el posicionamiento de la Sala; los magistrados inician con un análisis, al que en algún momento de transición entre el positivismo formalista y el positivismo post moderno, fue llamado un análisis de antecedentes históricos, pero que en realidad era la búsqueda de la “voluntad del legislador” haciendo un estudio de normas antiguas y previas que hablaban del mismo tema regulado con una nueva normativa. Con esto la Sala llega a la conclusión que el fin de la creación de esta norma fue prohibir el despido de mujeres, pero que al final fue una norma herramienta utilizada para despedir a las mujeres embarazadas, por lo que al no funcionar la norma en la realidad social, los jueces tuvieron que intervenir y hacer valer y cumplir el objetivo, de lo que hay jurisprudencia.

Por otro lado, con la creación de la normativa de promoción e igualdad social de la mujer, que tampoco indica medio taxativo para probar que el patrono tenía conocimiento o no del embarazo, esta ley tiene por fin eliminar la discriminación a la mujer y fortalecer su posición en un Estado Democrático, estos fungen como objetivos y principios a la hora de interpretar las normas que afectan las relaciones patrono-mujer embarazada. Con este análisis se evidencia un posicionamiento de transición, hacia un positivismo neo constitucionalista, otorgando relevancia como principio guía de interpretación del ordenamiento jurídico, un principio constitucional que es la protección especial a la madre por parte del Estado.

Por último, indica la Sala como idea fundamental de su razonamiento jurídico, que si bien la norma escrita dice algo en el Código de Trabajo, en caso de que en la realidad social suceda algo diferente, el juez debe administrar justicia en cada caso concreto y darle “vida” a la norma aplicando su fin. Es decir, esta Sala a finales del siglo XX ya se adhería a una corriente filosófica del Derecho moderna que conocía sobre la participación real del juez en el Derecho, por lo que adopta una posición positivista neo constitucional, en la que no dice a viva voz que tiene un papel creador de Derecho, pero sí debe analizar casos concretos en la vida cotidiana y resolverlos haya o no haya norma de acuerdo a los principios constitucionales costarricenses.

La siguiente resolución a analizar es la número 00496-2002 de la Sala segunda, en la que se resuelve recurso de casación por despido injustificado de empleados que fueron parte de huelga ilegal. El recurrente, parte demandada en el proceso ordinario, argumenta que tenía la posibilidad de incumplir la convención colectiva ya que los empleados incumplieron primeramente, y por excepción de contrato no cumplido se suspende provisionalmente los

efectos del contrato, por lo que la empresa no tenía la obligación de cumplir el procedimiento contemplado en la convención colectiva.⁴³⁶

La sala procede a citar una resolución anterior, en la que se resolvió un asunto similar, número 00579-2000, donde se explicó que no son aplicables las normas contractuales generales y clásicas en los convenios colectivos de trabajo. También se hace uso de un libro publicado en Perú, como cita referencial, sobre cláusulas normativas y obligacionales. La sala argumenta que la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*, cita el libro de ensayos de derecho contractual de pablo casafont; no es aplicable puesto que ni siquiera en materia contractual en Costa Rica, se contempla esta excepción en el ordenamiento jurídico, salvo en contrato de compra venta, pero no opera de pleno derecho, sino solo en caso de haber pacto comisorio expreso, pero este no fue establecido en la convención colectiva en cuestión.⁴³⁷

El recurrente alega, que no se puede resolver con base en un criterio jurisprudencial posterior al hecho ocurrido, cuando la empresa no tenía conocimiento de esta postura jurisprudencial. Pero indica la sala que no hay prohibición de aplicar jurisprudencia de manera retroactiva, ya que la jurisprudencia siempre va a versar sobre hechos pretéritos, y porque la prohibición de aplicación retroactiva es solo en cuanto a la ley. La jurisprudencia es ejercicio de interpretación y aplicación de normas o realidades cambiantes, por lo que no es inmutable, además indica la sala que la jurisprudencia no es vinculante, como sí lo es en el sistema del *common law*, que opera la regla del precedente.⁴³⁸

Menciona la sala que las resoluciones judiciales no obligan a futuro. En los países anglosajones el juez es considerado autoridad que crea Derecho y no solo interprete, por lo

⁴³⁶ Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución 00496-2002 Sala Segunda. Costa Rica.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ *Ibidem*.

que sus resoluciones obligan a futuro; la Sala cita a Pacheco, G. y su libro introducción al Derecho, publicado en Chile, así como a Brenes Córdoba, A.⁴³⁹

Consiguientemente entre nosotros, en principio, las decisiones de los tribunales no crean reglas de derecho sino que se limitan a aplicar el derecho existente a un caso particular; la autoridad nacida de semejantes decisiones, vale sólo como doctrina; de suerte que los jueces no están obligados a seguir los antecedentes del caso que tengan para resolver (como ocurre en el derecho inglés) sino que, por el contrario, pueden desviarse de esos antecedentes cuando lo consideren oportuno.⁴⁴⁰

Asimismo, la Sala menciona que el interés público puede ser tutelado sin que haya violación directa a los derechos fundamentales del trabajador, por lo que no justifica la violación a la convención colectiva y el debido proceso establecido ahí. Y con respecto a los salarios caídos, que en el caso concreto ha elevado su suma a montos considerablemente elevados por el trámite y duración de este proceso, indica la Sala que al no existir normativa sobre el tema, es necesario aplicar el artículo 15 del Código de Trabajo, que establece que en caso de ausencia de norma escrita los casos deben resolverse con base en otras fuentes jurídicas, como los principios generales del Derecho, la equidad, la costumbre o el uso local, en su defecto convenios y recomendaciones de la OIT, mientras que no sean contrarios a la ley y los principios de derecho común.⁴⁴¹

La sala cita Derecho comparado, normativa española, así como a Sempere Navarro y su libro unificación de la doctrina sobre salarios de tramitación. Indica la sala que en el caso

⁴³⁹ Ibidem.

⁴⁴⁰ Ibidem.

⁴⁴¹ Ibidem.

concreto resulta aplicable la equidad y razonabilidad ya que se discute consecuencias económicas.⁴⁴² Sobre “La Equidad” de Hierro Sánchez, L, que indica lo siguiente:

“Al menos en cuatro sentidos diferentes se habla de “equidad”: a) equidad como justicia natural o Derecho natural frente al Derecho legislado, Derecho formalizado, Derecho Positivo, etc.; b) equidad como manifestación de la igualdad, o justicia fundada en la igualdad (igual tratamiento a lo que es igual o desigual tratamiento a lo que es desigual); c) equidad como moderación de la norma general para atender las circunstancias del caso concreto, justicia del caso concreto frente a las exigencias del Derecho estricto, y d) equidad como manera de resolver litigios al margen de las normas jurídicas, aplicando en su lugar criterio de razón, moralidad, etc. Si los dos primeros sentidos tienen relieve en el ámbito de la filosofía política y jurídica, los dos últimos lo tienen para la interpretación y aplicación del Derecho...”⁴⁴³

También se cita a Ducci Claro:

La equidad consiste en la consideración de un caso individual para darle una solución adecuada a sus exigencias particulares. / La ley, la justicia, lo justo legal, tienen un carácter general, la equidad se refiere a las circunstancias concretas de un caso particular. / La ley es una manifestación de voluntad que producirá determinados efectos que el legislador estima justos para los casos que ha tenido en mente. Si en un caso particular estos efectos no se producen y, por el contrario, la aplicación de la norma lleva al juez a contrariar la equidad, es evidente que en su proceso de valorización deberá desechar esa norma o darle un alcance jurídico distinto del que hasta entonces se le ha asignado. / La norma que, aplicada a un caso particular, conduce a un resultado injusto, significa que no es la norma que valorativamente corresponde aplicar; o bien, que su valorización jurídica debe efectuarse de un modo

⁴⁴² Ibidem.

⁴⁴³ Ibidem.

diferente” (DUCCI CLARO, Carlos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Interpretación Jurídica 1.977, pp. 79-80).⁴⁴⁴

A partir del análisis de la sala sobre la valoración del principio de equidad en un proceso y la razonabilidad, indica que la duración del proceso en cuestión no se le puede achacar a ninguna de las partes, por lo que se reduce el pago de salarios caídos a cuatro años, sino sería un enriquecimiento sin causa.⁴⁴⁵

Esta resolución de la Sala Segunda es interesante, puesto que si bien es más reciente que la primera que se analizó en este apartado, la Sala procede a hacer un análisis más de “vieja escuela”, utilizando un razonamiento lógico y argumentos positivistas clásicos. Primeramente hace uso de la herramienta precedente jurisprudencial, cita una de sus resoluciones previas en la que indicó que el argumento del recurrente no es válido puesto que la materia contractual y la materia laboral de convenciones colectivas, tienen doctrinalmente diferente naturaleza.

Luego, se hace uso de la herramienta argumentativa doctrinal, a partir del desarrollo de la ciencia jurídica por diferentes juristas, como la cita referencial de un libro sobre obligaciones jurídicas de Perú y otro de Derecho contractual de Pablo Casafont; todo esto para dar fundamento y justificar la decisión de que no es aceptable la queja del recurrente en este caso.

Posteriormente, pasa a resolver la crítica del recurrente, sobre la imposibilidad de aplicar una opinión jurisprudencial nueva en un caso que tuvo cabida en un tiempo pasado o

⁴⁴⁴ Ibidem.

⁴⁴⁵ Ibidem.

anterior de la emisión de este nuevo criterio jurisprudencial, a lo que la Sala argumenta que la única prohibición de aplicación retroactiva es en cuanto a la ley y no la jurisprudencia, porque la última es interpretativa y de aplicación de las normas, no es inmutable sino que cambia porque la realidad cambia y los casos a resolver cambian. Asimismo, la jurisprudencia no es vinculante, como sí lo es en el sistema judicial anglosajón; y para fundamentar esto hace uso del libro de Derecho de Pacheco, G. y a Alberto Brenes Córdoba.

Esto resulta interesante puesto que para esta fecha ya habían criterios anteriores de magistrados sobre la vinculancia y validez de la jurisprudencia como fuente normativa, además ya estaba incluido en varios cuerpos normativos, como la LOPJ. Entonces porque hacer referencia a la distinción entre el sistema anglosajón y el greco romano, si el mismo ordenamiento jurídico estaba siendo reformado hacia un “sistema judicial” jurisprudencial y moderno, no con todas las características que identifica el sistema anglosajón, pero sí con una jurisprudencia con peso jurídico y normativo.

Y si en dado caso la necesidad era fundamentar en el año 2002 el hecho de resolver a favor de los trabajadores, con el simple argumento principal sobre la teoría laboral de las convenciones colectivas era suficiente, puesto que no es aplicable la teoría contractual y mucho menos si existía la convención colectiva antes del despido, así como antes de la debatida “nueva” jurisprudencia. Entonces, no había necesidad de hacer un retroceso en el pensamiento jurídico, a un positivismo clásico, donde las resoluciones de los jueces no tenían ningún papel más que ser la herramienta del legislador como norma aplicada de manera lógica y perfecta.

Esta resolución continúa siendo contradictoria en cuanto al posicionamiento filosófico de los magistrados, ya que primero hacen uso de la criticada argumentación anterior, pero luego, haciendo uso del Derecho comparado, entran a discutir temas meramente axiológicos, sobre fines y principios del Derecho, tomando partido de una posición positivista post moderna.

Indica la sala que hay dos valores supremos que se debaten en esta cuestión, el interés público al que apela el recurrente y los derechos laborales fundamentales de los trabajadores, a lo que la sala responde que se puede solventar el cumplimiento de ambos valores sin hacer menguar los derechos de los trabajadores, entonces, para esta sala prima los valores “derechos” fundamentales de los trabajadores por encima del interés público, que debió haberse solventado de alguna otra forma, pero no transgrediendo los primeros.

Luego, también mencionan que si bien la resolución es a favor de los trabajadores, condenar a la empresa el pago de los intereses por el tiempo que ha durado el proceso judicial, sería injusto. Argumenta la sala que al no haber norma escrita, como lo estipula el Código de Trabajo, debe acudirse a los principios del Derecho, como lo es la equidad, todo esto mientras no sea contrario a la ley y los principios del Derecho común.

Entonces, hace mención de Derecho comparado, revisando normativa española, que tiene fundamento en la equidad y la razonabilidad, por lo que la Sala considera pertinente aclarar qué se tiene por “equidad” en Derecho, citando un libro de Derecho de Hierro Sánchez, lo que resulta interesante puesto que se hace uso de una herramienta de investigación filosófica, que es preguntarse el porqué y el qué de las cosas, en este caso, qué es equidad, lo que normalmente los juristas llaman una investigación doctrinal de lo que es

“equidad” en Derecho, pero que termina siendo parte del área de la filosofía del Derecho y la estructura axiológica que hay en el Derecho, los fundamentos del mismo.

Considerando este último argumento, meramente valorativo y razonado en fundamentos filosóficos del Derecho, pareciera que la Sala segunda vuelve en este último punto a adherirse a una posición post positivista del Derecho.

En cuanto a la Sala Tercera de la Corte y su posicionamiento filosófico, se iniciará por analizar la resolución 00861 del 30 de agosto de 2002, misma que resuelve recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado por homicidio culposo y lesiones culposas, en razón principal de la prescripción de la acción penal y consigo la acción civil resarcitoria. Sobre el caso y la argumentación para resolver por parte de la Sala, es importante rescatar lo siguiente:⁴⁴⁶

- De acuerdo al recurso, se reclama el uso retroactivo de una norma procesal penal en perjuicio del imputado, a lo que la Sala responde que ya se ha pronunciado sobre la prescripción de la acción penal y la aplicación de las leyes en el ámbito temporal. Sobre esto indica que el principio general de irretroactividad de las leyes, consagrado en el artículo 34 de la Constitución Política, tiene por excepción únicamente las leyes penales sustantivas, siempre y cuando su aplicación resulte de beneficio al justiciable. De ahí que no haya excepción al principio constitucional en materia procesal y mucho menos si es en perjuicio del justiciable.⁴⁴⁷

- Por otro lado, se encuentra el tema de la acción civil resarcitoria, misma que solicita la recurrente se rechacé en razón de no existir injusto punible por su prescripción; a esto la

⁴⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. (2002). Resolución 000861-2002, Sala Tercera. Costa Rica.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

Sala responde que hay una derogatoria tácita del artículo 871 del código civil, mismo que se venía utilizando hasta la fecha para fundamentar la prescripción conjunta de la acción penal y la acción civil resarcitoria.

Este artículo (871 CC) indica que la acción civil que derive de un delito o cuasidelito prescribe junto con el delito o cuasidelito del que procede. Sin embargo, este artículo no solo vulneraba el acceso a la justicia de la víctima que sufría un daño resarcible a raíz de un hecho penalmente ilícito, creando una situación desigual con respecto a las personas que pueden accionar civilmente por un perjuicio que no derive de un hecho penalmente ilícito, conforme a lo establecido en el artículo 868 del código civil; sino que, la Sala considera necesario tomar en cuenta el artículo 96 del Código Penal, en conjunto con los principios de abrogación de las leyes, y de acuerdo a este análisis, se determina que el artículo 871 CC fue derogado tácitamente por el Código Penal de 1970. De esta manera la acción civil resarcitoria con respecto a conductas tipificadas como punibles se encuentran en el régimen de prescripción de la acción civil dispuesto en el código civil, siendo este de 10 años.⁴⁴⁸

- La sala explica su proposición o argumento sobre la derogación tácita del artículo en mención, haciendo un análisis histórico y político de la norma 871 del Código Civil. Indica que el sistema que inspira la norma 871 CC es distintito al que se sigue en el momento de emitir esta resolución.⁴⁴⁹

- Menciona la sala que la reparación del daño causado producto de un hecho punible es un derecho históricamente consagrado en los ordenamientos jurídicos occidentales, sin embargo, el modo de accionar contra el civilmente responsable varía de acuerdo a la

⁴⁴⁸ Ibidem.

⁴⁴⁹ Ibidem.

concepción de la reparación civil que se siga, ya sea desde el liberalismo democrático (teoría clásica) que diferencia la pena como efecto natural del delito y la reparación civil como interés privado del ofendido; se esgrime de esta concepción que no puede declararse de oficio la responsabilidad civil del imputado si no es solicitado por el ofendido, ya que esto no es parte de los intereses del Estado. O podría concebirse la reparación del daño a partir de la concepción positivista (positivismo jurídico), que considera la responsabilidad civil por delito como interés común de la sociedad, por lo que el Estado, representado por el juez penal, debe establecer la condenatoria civil aunque no medie solicitud del ofendido.⁴⁵⁰

- De acuerdo al considerando VI de esta resolución, la Sala indica que el derecho costarricense ha seguido ambos sistemas; el código de procedimientos penales de 1910, el código penal de 1880, código penal de 1924 y código penal de 1941 tuvieron una tendencia al modelo positivista, y son estos los que justificaron la creación del artículo 871 CC en cuestión; según esta ideología la reparación del daño es una pena adicional.⁴⁵¹

- Por otro lado, el código penal vigente al emitirse esta resolución, siendo este el código penal de 1970, crea los artículos 96 y 109, con los que se rompe con el esquema positivista y permite el reclamo de las consecuencias civiles del delito por vías distintas. Asimismo se incluye el artículo 399 del código de procedimientos penales de 1973, reformado por el código procesal penal en su artículo 368, que establece el único posible escenario en el que el juez penal decidirá sobre la responsabilidad civil y es cuando así haya sido solicitado por el titular del derecho, no de oficio.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Ibidem.

⁴⁵¹ Ibidem.

⁴⁵² Ibidem.

- En el sistema clásico (liberal democrático), no se puede aplicar las reglas de prescripción de la acción penal a la acción civil resarcitoria, puesto que depende de la voluntad del ofendido reclamar la tutela de este derecho y sería inconveniente para el mismo combinar los regímenes de prescripción.⁴⁵³

- Con respecto al conflicto de normas, entre el 871 del CC y el 96 del Código Penal, último que indica “*la extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado...*”, de acuerdo a la sala estas son contradictorias, en razón del fin que persigue cada una, de acuerdo a lo explicado de los sistemas o concepciones de la reparación del daño que inspiran cada una de ellas (concepciones jurídico políticas contrapuestas, así indica la Sala).⁴⁵⁴

- Por otro lado, la Sala manifiesta que si bien el conflicto de normas no fue resuelto a nivel constitucional, puesto que la sala encargada de esta temática indicó que era un tema de conflicto de normas a nivel legal y no constitucional, por lo que no tenía injerencia en la discusión; la Sala Tercera indica que de acuerdo a los principios de abrogación de las leyes, el código penal de 1970 prevalece ante un código emitido en 1886, como lo es el Código Civil, punto que de acuerdo a la Sala no requiere de mayores reflexiones.

Con respecto a la especialidad, la responsabilidad civil nace con el Código Civil y si bien el artículo 868 del mismo, resguarda la posibilidad de haber plazos o cómputos particulares de prescripción en leyes especiales, la ley especial en este caso, el Código Penal, redirige al Código Civil el tema de la responsabilidad civil que deriva de hechos punibles, aplicando el régimen de prescripción establecido en el CC. Es así como, al menos el artículo

⁴⁵³ Ibidem.

⁴⁵⁴ Ibidem.

871 del CC, queda derogado tácitamente por el 996 del Código Penal. Asimismo esta Sala adjunta como argumento la cita del libro *Código Penal Revisado Y Actualizado*, por Zúñiga Morales Ulises, quien habla de la derogación tácita del 871 del CC con el 96 del Código Penal.⁴⁵⁵

- De acuerdo al análisis de la normativa realizado por la Sala Tercera en este caso, el error en la resolución del Tribunal Penal estuvo en buscar armonizar normas incompatibles que obedecen a dos concepciones jurídico políticas opuestas desde sus propios fundamentos esenciales.⁴⁵⁶

- El artículo 871 CC perdió toda coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, al pasarse del sistema positivista por el clásico, pasó de buscar salvaguardar los derechos de la víctima a ser una barrera que frustra el acceso a la justicia.⁴⁵⁷

Esta resolución del 2002, resulta interesante puesto que los magistrados de la Sala tercera muestran conocimiento de la influencia o el nexo causal evidente entre una concepción del Derecho y el resultado interpretativo que puede tener en la norma y la vida real, tanto así que lo mencionan como elemental, este conocimiento, para emitir una resolución adecuada a Derecho.

En esta resolución toman como argumento el precedente jurisprudencial, manifestando que ya en resoluciones anteriores se había declarado posición sobre la norma constitucional que versa sobre la irretroactividad de las normas y la materia penal y procesal penal. Por otro lado, con respecto al tema de la acción civil resarcitoria, menciona que la

⁴⁵⁵ Ibidem.

⁴⁵⁶ Ibidem.

⁴⁵⁷ Ibidem.

norma a la que se apela vulnera el principio y valor supremo de acceso a la justicia de todo ciudadano, en este caso la víctima, dejándolo en desigualdad con respecto a los demás que pueden optar por un término amplio de 10 años para el resarcimiento de daños.

Con este argumento se puede observar un primer alejamiento de la norma escrita y el positivismo clásico, velando por el cumplimiento de valores supremos del Derecho contemplados en la norma constitucional. Luego se menciona que es aplicable el artículo 96 del nuevo código penal, ya que es ley especial que remite al código civil, y este último es más antiguo por lo que aunque remita al código penal, la ley especial remite a la norma antigua, por lo que prevalece la norma especial.

Por otro lado, sobre el mismo tema de la acción civil resarcitoria, añade un argumento histórico y político, diciendo que el fundamento de creación del artículo 871 del código civil, o fin del mismo ha sido abandonado para pasar a un nuevo fin contemplado en la nueva norma del código penal. Si bien la reparación del daño es una máxima incluso del tiempo romano, el modo para obtener esta reparación varía de acuerdo a la concepción que se tenga de reparación civil, entonces la Sala deja en evidencia que si bien se ha hablado durante siglos de un mismo término, “reparación del daño”, el contenido jurídico no ha sido el mismo, sino que ha variado de acuerdo a la corriente de pensamiento predominante en el momento.

Menciona la sala, que durante el liberalismo democrático, a lo que llama “teoría clásica”, la pena era un efecto natural del delito, pero la reparación civil solo era por un interés privado del ofendido, por lo que no era declarada de oficio, sino debía ser solicitada puesto que esto no era de interés para el Estado. Posteriormente, la concepción positivista

dispuso que la reparación del daño era de interés común para la sociedad, así que el Estado debía velar por el cumplimiento de la reparación civil, el juez de oficio.

Si se analiza este argumento a partir de las corrientes filosóficas del Derecho identificadas en esta investigación, se puede relacionar la llamada teoría clásica y liberalismo democrático con la época del contractualismo, liberalismo clásico y positivismo clásico, también llamada época de la exégesis o formalismo jurídico. Lo que la Sala menciona como concepción positivista, sería el realismo moderno, desligamiento del positivismo con las ideas morales y espirituales, desarrollo del positivismo ligado con el racionalismo jurídico, es decir, un positivismo con justificante científica y racional; todo esto aunado con la necesidad de intervenir en el liberalismo puro, por parte del Estado, con los justificantes espirituales de los liberales para mantener el poder, por lo que se dispuso la necesidad de que el Estado estuviera al servicio de todos, no solo que se dejara en manos del liberalismo la justicia, es decir, conteniendo la desigualdad que provocaba un liberalismo puro, esto por parte del Estado.

Entonces, menciona la Sala que el Derecho costarricense ha seguido ambas corrientes de pensamiento filosófico plasmadas en el ordenamiento jurídico, un ejemplo de pensamiento positivista fue la creación de la norma 871 del CC, pero la creación del nuevo código penal y su artículo 96 representa un cambio de pensamiento a una corriente liberal clásica, por lo que para el entendimiento y comprensión de la norma escrita es necesario tener conocimiento de los fundamentos filosóficos del Derecho que se desarrolla en el país, sino evidentemente será difícil saber cuál norma se encuentra vigente de acuerdo a la concepción del Derecho que se maneja en la actualidad.

Por último, la sala procede a hacer uso de un libro doctrinal, que comenta el código penal y respalda la postura adoptada en esta resolución. Además de mencionar que es necesario identificar el fin de la norma para su cumplimiento, puesto que si se olvida el fin puede estropearse la consecución del mismo al aplicar una norma distinta, en este caso se limita el derecho de la víctima de acceso a la justicia, como fin y valor fundamental del ordenamiento jurídico costarricense.

Los argumentos anteriores permiten dilucidar que la Sala se adscribe a un positivismo post moderno, ya que si bien la norma que analizaron, consideran estos magistrados que corresponde a un pensamiento clásico, es un análisis político, mas no ahondaron en el efecto de esta corriente de pensamiento político y humanista, en el conocimiento del Derecho y razonamiento jurídico, simplemente tomaron los ideales políticos que llevaron a la creación de la norma, dejando a un lado la concepción del Derecho sustantivo y general en aquella época liberal clásica, que era formalista.

No se puede identificar la argumentación de esta Sala con el positivismo clásico, aunque sí lo hicieron con el fundamento político del artículo 96 del código penal, ya que la misma Sala hace un estudio de los valores jurídicos que resguarda y protege la norma, más que un análisis literal de los artículos, que si se hiciera uso de este razonamiento lógico básico se encontraría antinomias e incoherencias evidentes como bien lo mencionó la Sala, entonces, la Sala se aparta de una concepción normativista del Derecho y hace uso de estrategias filosóficas para llegar a darle sentido axiológico a una norma, por lo que aparente adscribirse a un positivismo post moderno.

La siguiente resolución a analizar es la número 000674-2008, de la sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la que se resuelve recurso de casación interpuesto por el accionante civil en el proceso penal por lesiones graves, con fundamento en violación e inobservancia a normas procesales y sustantivas.⁴⁵⁸

Indica el recurrente que se resolvió tomando en consideración solo la fase de conclusiones, argumento que la sala rechaza y con esto el recurso, ya que hubo un desistimiento por la parte accionante civil al no concretarse pretensiones indemnizatorias en la etapa de conclusiones, de acuerdo al artículo 117 del Código procesal penal. Si bien la parte actora solicitó el resarcimiento, no lo concretó lo que acarrea la sanción penal, esto sin perjuicio de que pueda hacer uso de la vía ordinaria para el reclamo.⁴⁵⁹

La magistrada Jenny Quirós salva el voto e indica lo siguiente:

Creo firmemente que la jurisprudencia debe ir variando hacia una concepción menos formalista del proceso, que permita un verdadero acceso a la justicia a las víctimas de los delitos. La interpretación del Código procesal penal debe estar en armonía con los principios del derecho a la reparación y la tutela judicial efectiva. La reparación de las víctimas es parte de la consecución de la justicia, de acuerdo a los numerales 39 y 41 de la constitución política.⁴⁶⁰

De acuerdo a Quirós, el mal desempeño de un abogado debe sentar responsabilidad para este, pero la víctima no debe pagar el desempeño inadecuado de los abogados, pues es denegar la justicia. Indica que el artículo 117 del código procesal penal menciona que la

⁴⁵⁸ Corte suprema de Justicia. (2008). Resolución 000674-2008 Sala Tercera. Costa Rica.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

concreción de pretensiones debe ser oportuna, qué es que sea oportuno, cita el 308 del mismo código, donde se dice que el actor civil debe concretar pretensiones dentro del plazo de cinco días contados a partir de que el Ministerio Público le pone en conocimiento la acusación, sin perjuicio de que pueda ampliar las partidas por consecuencias futuras. Es así como si el actor civil cumplió en ese momento no se puede decir que esa liquidación no es oportuna, ya que está legalmente fijado, por lo que no hubo desistimiento tácito.⁴⁶¹

Por otro lado, el artículo 357 del mismo código establece que en conclusiones el actor civil debe concretar pretensiones, si no se ha dispuesto la división del juicio en dos fases, el fiscal y querellante deberán solicitar la pena y el actor civil deberá concretar el monto de los daños y perjuicios que estime haber sufrido con posterioridad a la fijación que hizo en el procedimiento preparatorio. Cuando la división se haya dispuesto las solicitudes civiles deberán ser formuladas en la segunda audiencia.⁴⁶²

Entonces, según Quirós hay dos momentos oportunos para fijar pretensiones, uno al pronunciarse sobre la acusación y el otro al emitir conclusiones en juicio, ya que pudieron haber aumentado los daños. El artículo 117 dispone que se desiste tácitamente si oportunamente no se concretó pretensiones, pero solo si incumple ambas opciones.⁴⁶³

Asimismo, el artículo 2 sobre la prohibición de interpretación extensiva si no favorece la libertad del imputado o el ejercicio de la facultad conferida a quienes intervienen en el proceso, por lo que según la magistrada sería injusto asemejar aquellos casos en los que no se concretó pretensiones en alguno de los momentos procesales dispuestos por estos artículos, a los casos en los que no se concretó pretensiones del todo. Tampoco no hay norma expresa

⁴⁶¹ Ibidem.

⁴⁶² Ibidem.

⁴⁶³ Ibidem.

que diga que si se concretó en el primer momento pero no se concretó pretensiones en las conclusiones igualmente se tiene por desistida. Esto limita el derecho de reparación de la víctima.⁴⁶⁴

Por otro lado, no es sorpresivo al demandado civil, puesto que desde la fase intermedia, audiencia preliminar se le había puesto en conocimiento de las pretensiones. El asemejar el desistimiento tácito al caso de que se haya establecido las pretensiones en el primer momento procesal oportuno y no en las conclusiones, sería para Quirós una ficción jurídica contraria a la realidad y un desequilibrio procesal, ya que se presentó a juicio, mostró interés en la reparación, sufrió el daño y además cumplió con buscar representación legal, simplemente se torna cada vez más injusto negar la reparación si el abogado no cumplió con una formalidad de decir sumas.⁴⁶⁵

Indica la magistrada que la ideología de la reforma procesal penal latinoamericana, sobre la participación de la víctima y el reconocimiento de su lugar en el proceso como dueña del conflicto penal, mismo que ha sido históricamente confiscado por el Estado por razones económicas, como ilustran filósofos sobre el derecho procesal y la crítica histórica, refiere a Foucault, Binder, Damaska, entre otros. Por lo que interpretar lo contrario sería imponer castigos procesales y económicos a la víctima que no contempla la ley y no está acorde con la conciencia histórica adquirida, reconociendo la participación de los abogados privados haciéndoles responsables ante sus clientes de sus actuaciones y omisiones.⁴⁶⁶

Por último, manifiesta Quirós que no cree que la justicia se logre si la víctima no logró la reparación aunque sea declarativa. El sistema para legitimarse debe mostrar accesibilidad,

⁴⁶⁴ Ibidem.

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ Ibidem.

cuando la ley admite interpretaciones estas deben ser orientadas por los principios de tutela judicial efectiva, informalidad y justicia material.⁴⁶⁷

En casos como el presente en que el imputado no se estaba viendo perjudicado en modo alguno (...) resulta lastimoso que se deniegue justicia a la víctima por una interpretación normativa del tribunal de juicio, basada en pre concepciones culturales rígidas que tienen que ver con la formalidad y el monopolio estatal en el tratamiento de los conflictos penales, actitudes muy arraigados que nuestros pensadores y doctrinarios han tratado ya de superar.

El proceso penal, como proceso vivo, debe ir cambiando en beneficio de los ideales y encargos sociales asignados en cada momento histórico.⁴⁶⁸

Este voto único en su especie en esta resolución de año 2008, saca a relucir el arraigado positivismo de los juristas que forman la Corte Suprema de Justicia, que si bien hay algunos como Jenny que consideran debe cambiar la tradición, no es la mayoría, por lo que por medio un voto salvado también se puede concluir la posición frente al Derecho de la mayoría de estos magistrados.

De acuerdo a la resolución se tuvo por desistida la acción civil, aunque hubo formal y evidente voluntad de ejercer la misma desde inicio del proceso penal al comunicar la acusación por parte del Ministerio Público a la víctima. Después del proceso judicial largo y engorroso que tuvo que enfrentar la víctima, se declara desistida por la falta de un requisito forma establecido en un artículo del código procesal penal, todo esto sin una consideración y valoración de la norma, sobre los fines sociales que cumple y forma de vida y comportamiento que busca respaldar, simplemente con un método literal y legalista que lo

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Ibidem.

único que aparente es la veneración de una norma positiva, como si el fin en sí mismo es el resguardo del ordenamiento jurídico, como si este pudiera existir sin el componente humano y la razón social que es la creadora del mismo, aun más en un régimen político democrático.

La magistrada Quirós hace crítica de esta posición, fundamentada en un valor supremo de justicia; menciona que la jurisprudencia debe cambiar hacia una concepción menos formalista del proceso, que contemple en su interpretación el valor supremo de acceso a la justicia. La interpretación debe estar en armonía con los principios del Derecho, como la reparación y tutela judicial efectiva, ya que estos principios y valores devienen de otro valor elemental que es la justicia.

Es importante resaltar que la magistrada tiene conocimiento de que el Derecho no es un pensamiento lógico y ciencia exacta que solo se desarrolla, sino que se ha desarrollado a partir de concepciones filosóficas del mismo, a partir de un posicionamiento filosófico frente al Derecho, por lo que menciona explícitamente que no se obtendrá el mismo resultado jurisprudencial si se parte de un Derecho formalista y positivista clásico a si se considera el Derecho como elemento social, parte de las ciencias sociales, mismo que conlleva un marco axiológico legitimado socialmente en el Ordenamiento jurídico. Si se concibe de esta manera y se tiene en mente primero este marco axiológico, y no la norma en su simple redacción, entonces obtendremos una resultado jurisprudencial distinto, y a su vez un cambio en el Derecho costarricense.

Si bien Quirós no manifiesta adherirse a alguna corriente filosófica del Derecho en particular, a partir de su argumentación se puede observar que tiende a un pensamiento neo constitucionalista, ya que considera importante la visión del Derecho a partir de los principios

del Derecho, dejando a un lado, en un área gris o de lo no explicado el papel del juez como persona política en la ecuación de la lógica jurídica. Empero, la posición sigue siendo revolucionaria al año 2008 aparentemente, que la sala determinó dejando a un lado el humano en cuestión, y aplicando una norma literal sin contemplación alguna.

Por otro lado, Quirós se adentra a una problemática interesante con toda la crítica que hace a sus compañeros magistrados, y es la problemática que dio vida a esta investigación, que ha llevado a diferentes estudios y nuevas ideas. Menciona Quirós que no se puede juzgar o resolver un conflicto a partir del ejercicio o argumento único del abogado litigante que representó a una parte del proceso, afirma que no se puede denegar la justicia a una víctima por el mal desempeño de un abogado, lo que debería generarle responsabilidad.

Si bien la magistrada solo hace mención de esto como una crítica, esta crítica conlleva varias ideas entrelazadas y razonamientos que se deben considerar antes de hablar de una responsabilidad del abogado, razón que originó esta investigación y la extensión del mismo a diferentes áreas investigativas. El considerar que un juez debe apartarse del argumento de un abogado litigante, representante privado de una parte, en caso de considerar que por valores supremos del ordenamiento jurídico la parte lleva razón, pero el abogado no hizo mención de ninguno de los argumentos que el tribunal juzgador contempla como necesarios para fallar a su favor.

Entonces se estaría partiendo de una concepción del Derecho, otra vez, neo constitucionalista y post moderna, es decir, el ordenamiento jurídico es todo un conjunto complejo de factores unidos por principios del Derecho y valores fundamentales, adoptados

generalmente en las constituciones políticas en caso de ser un Estado democrático, ya que el fundamento liberal democrático es plasmado en estas cartas originarias de Estado.

En caso de un tribunal considerar que existe transgresión a los valores supremos en el caso a resolver, debe fallar lo necesario sin importar lo que los abogados consideren pertinente, pero esto igualmente, en contrario de lo argumentado por Quirós, reduce el papel del abogado litigante, y si lo que se pretende es darle mayor peso a la participación del mismo, esto nos lleva a crear un Estado gigante que protege todo e interviene en todo. Pero en dado caso que seamos partidarios de un Estado enorme y todo poderoso, y consideremos que debe velar por los valores supremos, ya resolvemos la primera problemática llamada “justicia para la víctima”; aunque el abogado no haya hecho “bien” su trabajo. Entonces podemos continuar con la siguiente afirmación de Quirós, que es achacar responsabilidad al mismo, como todos los demás profesionales, caso de los ingenieros y médicos.

¿Es posible la responsabilidad civil del abogado por un mal desempeño? Este aspecto es aun más difícil de resolver, puesto que si bien podemos acordar todos, como ciudadanos e incluyendo al gremio de los juristas, que consideramos como mejor concepción del Derecho, el Derecho neo constitucional, por lo que consideramos que los jueces pueden tomar decisiones apartándose de los criterios esbozados por los litigantes para hacer cumplir los valores fundamentales democráticos y constitucionales.

Otro ámbito y de gravedad sería imponer una pena a un jurista por apartarse de esta corriente de pensamiento, puesto que como ya se logró determinar en esta investigación es simplemente una concepción, no es lo que es, argumentar que es el argumento final sobre lo que es el Derecho sería naturalizar esta teoría, pero termina siendo un acuerdo político, que

siempre puede cambiar y hay derecho civil a cambiarlo, entonces imponer pena por pensar distinto sobre el Derecho provocaría no solo una arbitrariedad y regresión histórica a tiempos de nazismo, entre otros; sino que también estancaría el desarrollo de la ciencia del Derecho, sin críticas y sin aportes y pensamiento, coartar el Derecho como área del conocimiento.

Por las razones anteriores es que esta investigación dio un giro hacia un perfeccionamiento de la problemática, dejando esta que fue la problemática original. Pero habiendo ahondado en este tema, que siempre resulta de interés en cuanto al “perfeccionamiento” del Derecho y sus profesionales, continuaremos con el argumento revolucionario de Jenny Quirós en medio de sus compañeros de la “vieja escuela” del Derecho.

Indica esta magistrada que si se fundamenta el rechazo del recurso en una norma que menciona que la concreción de pretensiones debe ser “oportuna”, es necesario delimitar qué se considera oportuno, si bien esta norma indica un momento oportuno, hay otras que también declaran momentos oportunos, entonces qué hacer en caso de ambigüedad en la normativa, vacíos normativos, menciona que debe optarse por interpretar el ordenamiento de la manera más amigable con los fines del Derecho, que se basan en los fines sociales políticamente adoptados y legitimados.

Entonces, no solo hubo un razonamiento lógico simplista por el voto de mayoría, sino que bastante injusto; no se puede decir que arbitrario puesto que se trata de la capacidad política de los jueces de crear Derecho, pero desde la posición de la víctima terminó siendo bastante injusto, puesto que se análogo el desistimiento tácito, que consiste en ni siquiera mencionar la voluntad inicial de constituirse como accionante civil, con la realidad, no

normada al momento, de que este accionante sí se constituyó en una primera etapa como accionante civil, solo que faltó con un “50%” de los requisitos, las conclusiones, situación real que no está normada y los jueces optaron por una interpretación en perjuicio de la víctima, siendo que tampoco hubo un daño a los derechos de la parte acusada, puesto que tenía conocimiento de estas pretensiones desde su emplazamiento; por lo que no resguardó los derechos de la víctima, no transgredió los derechos del acusado y no contemplo los valores supremos constitucionales de justicia, acceso a la justicia, reparación del daño y tutela judicial efectiva.

Por último, se rescata de este manifiesto de Jenny para guiar e iluminar a sus compañeros preocuparse por sus estudios y construcción axiológica como administradores de justicia; que hoy en día se ha cambiado en el Derecho a una ideología política que otorga mayor interés y presencia a la víctima en el proceso, alejándose de los fines meramente estatales, sino concediendo a la víctima el poder en el conflicto penal siendo el mayormente afectado, cita a filósofos como Foucault, Binder y Damaska, lo que es interesante porque se aparta de las comunes citas magistrales de doctrina y libros que son solo las mismas leyes comentadas, actividad doctrinal típica del jurista positivista clásico.

Jenny opta por una concepción del Derecho interdisciplinaria, haciendo uso de argumentos históricos y con esto no se refiere a normas previas y derogadas, sino a historia social que dio como fundamento la pena y el proceso penal, así como los derechos de la víctima. Afirmo que esta resolución no es acorde con la “conciencia histórica adquirida” que es un término usado en la época revolucionaria del Derecho en Alemania, la escuela histórica del Derecho, que veía como fundamento creador del Derecho la voluntad histórica social.

También menciona política de por medio, lo que marca aun más su pensamiento revolucionario y crítico del Derecho, pero que como se explicó anteriormente, disfraza a partir de una corriente filosófica del Derecho más amigable con el período de transición del Derecho en el que se vive, siglo XXI, y amigable con aquellos positivistas acérrimos que rechazan tajantemente a los Crits, corriente filosófica nacida en países anglosajones. Disfraza su argumento con valores supremos que forman parte elemental de la concepción positivista neo constitucional, que termina siendo más digerible para los positivistas.

Por último, queda analizar la posición filosófica de la Sala Constitucional a través de su argumentación, misma que podría considerarse por la temática que aborda, la posición más importante y delimitante a nivel de filosófico del país, con respecto a la posición de la administración de justicia en Costa Rica. Y es que es una sala creada para mantener y perpetuar los principios y valores supremos contemplados a nivel constitucional en todo el funcionamiento del Estado, la vida cotidiana y el ordenamiento jurídico, evidenciando una predominante concepción positivista neo constitucional en Costa Rica, siguiendo la teoría de Robert Alexy y otros neo constitucionalistas.

Primeramente el voto 006839-2015, en el que la sala resuelve consulta judicial facultativa formulada por la sala tercera, que se basa en si la Sala Tercera debe conocer las causas penales en contra de la procuradora general y el procurador adjunto de la república, a pesar de no existir previsión constitucional, aunque sí existe norma que amplía este privilegio, siendo esta la ley orgánica de la procuraduría general de la república, en su artículo 9.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. (2015). Voto número 006839-2015, Sala Constitucional. Costa Rica.

La sala constitucional procede a resolver la consulta de la sala tercera diciendo que existe un precedente de esta sala pronunciándose sobre el tema, misma en la que se resolvió que el proyecto de ley del defensor de los habitantes, puesto en consulta, por su artículo que extendía inmunidad a este funcionario, es inconstitucional ya que el ordenamiento jurídico debe aplicarse de manera igualitaria a todos los habitantes, y excepción a este principio puede hacerse solo por medio constitucional o derecho internacional, no por ley a favor de funcionarios del propio orden interno.⁴⁷⁰

La sala procede a hacer una revisión jurisprudencial por medio de derecho comparado, en el que cita resolución del tribunal constitucional español, que mencionó que es necesario examinar la naturaleza y alcance de la prerrogativa de aforamiento especial que se le reconoce a los miembros de las cortes generales, y la relación de esta con las figuras de la inviolabilidad e inmunidad.⁴⁷¹

Las prerrogativas constitucionales buscan proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo estado democrático de derecho e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado.⁴⁷²

Estas prerrogativas se atribuyen a los miembros de las Cortes generales no por un interés privado de sus titulares sino a causa de un interés general, asegurar su libertad e independencia en tanto es reflejo de esta garantía al órgano constitucional. Las prerrogativas parlamentarias no son un privilegio, ni tampoco un *ius singulare*, pues en ellas no concurren

⁴⁷⁰ Ibidem.

⁴⁷¹ Ibidem.

⁴⁷² Ibidem.

las notas de desigualdad y la excepcionalidad; al contrario ofrecen un tratamiento jurídico diferenciado a situaciones subjetivas cualitativa y funcionalmente diferenciadas por la propia constitución. Entonces son sustracciones al Derecho común conectadas a una función, son imprescriptibles e irrenunciables, y no es constitucionalmente legítima su extensión legislativa o interpretación analógica.⁴⁷³

Son garantías vinculadas a la satisfacción de un interés institucional y permanente del Ordenamiento, por lo que son indisponibles para sus titulares y solo susceptibles de interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresamente contemplados en la constitución.⁴⁷⁴

Ahora, menciona el tribunal constitucional español, con respecto al aforamiento especial que, teleológicamente, y en sede estrictamente procesal, opera como complemento y cierre de las de inviolabilidad e inmunidad, orientadas a objetivos comunes, proteger a los legítimos representantes del pueblo de acciones penales con las que se pretenda coartar su libertad de opinión (inviolabilidad), impedir indebida y fraudulentamente su participación en la formación de la voluntad de la cámara, poniéndolos al abrigo de querellas insidiosas o políticas que confunden, a través de la utilización inadecuada de los procesos judiciales, los planos de la responsabilidad política y penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva (inmunidad) o, finalmente, proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes (aforamiento).⁴⁷⁵

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ Ibidem.

⁴⁷⁵ Ibidem.

La finalidad del aforamiento es proteger la independencia y sosiego del órgano legislativo como del jurisdiccional, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. Así protege la independencia institucional del parlamento y el poder judicial, preserva un equilibrio entre poderes, y la resistencia frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del parlamento. Por lo que no es de extrañar que el constituyente haya atribuido el conocimiento de tales causas a la sala de lo penal, como órgano jurisdiccional superior que integra el Estado.⁴⁷⁶

La sala menciona también una resolución de la corte constitucional colombiana en la que indica que las prerrogativas son garantías institucionales, concepto de la dogmática del derecho constitucional, que describe instituciones que defienden la independencia de los miembros del congreso, no son privilegios personales sino que aseguran la libertad e independencia de los miembros del parlamento, y limitan las competencias de las autoridades. Estas prerrogativas están destinadas a preservar el congreso antes que a sus integrantes individualmente considerados. Una prerrogativa a favor de la democracia constitucional, por lo que el titular no puede renunciar a este privilegio. Es una garantía de la separación de poderes y soberanía popular.⁴⁷⁷

Estas garantías son reservadas al diseño institucional de cada Estado en lo que se conoce como ingeniería constitucional, compete a los actos constituyentes originarios o los de enmienda constitucional. Es así forma un mecanismo de frenos y contrapesos y depende

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ Ibidem.

de la realidad constitucional de cada Estado, depende de las particularidades de cada sociedad, su historia y su evolución.⁴⁷⁸

En el caso costarricense, menciona la Sala, el principio constitucional reconocido por la sala que se aprecia en los precedentes, la línea doctrinal y jurisprudencial seguida por el constitucionalismo contemporáneo, se asignan estas garantías institucionales para resguardar de, acciones de insidia política o presiones indebidas, por medio de demandas y procesos que minarían la independencia de criterio. Por lo que solo los órganos de voluntad constituyente pueden producir normas que legitimen jurídicamente la diferencia de trato, en razón de las labores de determinados oficiales públicos.⁴⁷⁹

Este voto manifiesta expresamente la adhesión del sistema jurídico y de Derecho costarricense a una corriente filosófica constitucionalista moderna, que busca resguardar los principios constitucionales consagrados en la carta magna, que esgrimen la adopción del país de un determinado pensamiento político, en este caso se declara políticamente Estado democrático, por lo que la función de la Sala constitucional es resguardar la perpetuación de este sistema político, de sus bases y pilares fundamentales, como específicamente del principio de separación de poderes, para que exista un correcto funcionamiento de cada poder y no haya alguno que predomine o perpetre injerencia o presión política sobre el otro.

Al parecer al año 2015, varios representantes del poder legislativo han intentado extender el fuero especial que cubre a los representantes de los supremos poderes; a lo que la Sala responde con varios argumentos importantes, el primero es la afirmación del valor de su precedente, lo que debe causar impacto en todos aquellos que consideran la clasificación de sistemas judiciales, anglosajón y greco romano, como clasificaciones perfectas e

⁴⁷⁸ Ibidem.

⁴⁷⁹ Ibidem.

inquebrantables; es evidente que hacer uso del argumento prohibitivo de argumentación de acuerdo al “tipo” judicial anglosajón ya no cabe siendo que incluso la Sala Constitucional afirma la autoridad de su precedente.

Asimismo, la sala hace uso del Derecho comparado, para entender institutos de Derecho, lo que es revisar el argumento y pensamiento jurídico de otros países con un mismo pensamiento político, es decir, uno constitucional democrático. Sin embargo, resulta interesante que si bien la creación de esta sala es prueba por antonomasia de la adhesión a una concepción post positivista, sus magistrados optan por argumentos que muestran cierto resabio de positivismo clásico, como es el uso de un razonamiento lógico “especializado”, es decir, uso de términos doctrinales y dogmáticos, para fundamentar una decisión, sin adentrarse en una explicación social sobre la validez de sus argumentos, lo que se hace al final es dejar un vacío o silencio que entroniza el poder enigmático de la constitución política y el valor sagrado de la democracia.

Menciona la sala que es inconstitucional y va en contra de los principios constitucionales democráticos extender una prerrogativa o excepción de aplicación de la ley a funcionarios públicos, puesto que la norma básica es la igualdad de los individuos frente a la ley. Segundo porque la prerrogativa tiene por fundamento la consecución de estabilidad política, que los máximos poderes de la República puedan ejercer sus funciones sin entrometimiento o entorpecimiento de otro poder en el ámbito funcional de ellos, cosa que a través de la historia ha sido lo normal en el pensamiento humano, apoderarse de todas las habilidades y poderes políticos de liderazgo en una territorio para obtener riqueza, fama y demás fines humanos, egocéntricos y antropocentristas.

Con base en lo anterior, el poder de exceptuar la igualdad ante la ley, a una persona, primeramente debe basarse en un motivo funcional y no personal e individual, y además,

debe hacerse por medio de reforma constitucional, puesto que se trata de “reglas del juego” inicial y fundamentales, la generalidad o el pueblo, debe legitimar democráticamente y aceptar que se lleve a cabo tal excepción, y no por medio del gobierno central cambiar las reglas primarias y básicas del “contrato social”.

La sala hace referencia al criterio español sobre el tema, quienes utilizan la herramienta jurídica de la doctrina, la explicación del concepto jurídico fuero especial, lo que como ya se mencionó autonomiza y singulariza el Derecho como ciencia apartada de las demás ramas del conocimiento. De acuerdo a la resolución del tribunal constitucional español, el fundamento del fuero especial es resguardar la independencia de los poderes creados constitucionalmente, sin esta garantía se rompe el ideal político democrático, por lo que su fin no es singularizar a una persona otorgándole prerrogativas y apartándolo de la sociedad civil, sino que la idea es que trabaje y realice su trabajo en óptimas condiciones, sin temor o presión política.

Entonces, hay un interés común en el resguardo de esta capacidad a ciertas personas para continuar con el orden constitucional. También se hace mención de la opinión de la corte constitucional de Colombia, quienes utilizan la dogmática, singularizando el “idioma” del Derecho, definiendo que las prerrogativas constitucionales son garantías de independencia y democracia, como régimen político, no son privilegios personales.

Finaliza la sala indicando que por ser un tema inicial o de “ingeniería constitucional” solamente un órgano constituyente puede agregar personas a este ámbito o fuero especial de desigualdad. En resumen, la Sala reafirma y declara la adhesión a un pensamiento político, principio fundamental con un entramado de valores superiores, y es la Democracia y el sistema político liberal, lo que si bien a través de métodos argumentativos algo arcaicos, evidencia un posicionamiento neo positivista del Derecho, es decir, la visión del Derecho a

través de valores supremos y principios generales, como la seguridad jurídica y democracia del sistema jurídico y orden social.

En este mismo año 2015, la sala emitió voto 007498-2015, en el que resolvió recurso de amparo interpuesto en contra de la ministra de cultura y juventud, fundado en el impedimento del lanzamiento de un disco musical, por lo que considera el accionante que se lesionan sus derechos fundamentales, como la libertad de expresión, libertad jurídica, es decir, la autonomía de la voluntad, la opinión libre y libertad de pensamiento.⁴⁸⁰

Indica la sala que ya anteriormente se había manifestado sobre el contenido o no racista del cuento Cocorí, mismo que fue descartado en sentencia 000509-1996 de la Sala constitucional, criterio reiterado en voto 005317-2003, en donde se manifiesta que si existiese alguna reacción racista por parte de la población joven en Costa Rica, esto se puede evitar con una acertada intervención del cuerpo docente en cada centro educativo, para no permitir que obras artísticas con reconocimiento mundial y de orgullo costarricense no se presten para hacer resurgir desigualdad entre seres humanos.⁴⁸¹

En el presente voto, la Sala se aparta del criterio sostenido e indica que bajo una nueva ponderación, considera la Sala que no es de su competencia analizar si una obra artística es racista o no, sino que su misión es velar por el no quebrando de los derechos fundamentales, en este caso la libertad de creación y la libertad de expresión. Indica la Sala que este tribunal no es censor de obras artísticas, por el régimen de libertades públicas de una sociedad

⁴⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. (2015). Voto número 007498-2025, Sala Constitucional. Costa Rica.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

democrática, libre y pluralista, que impide que ningún sujeto, público o privado, se erija en arbitro de manifestaciones del espíritu y la cultura.⁴⁸²

Las obras artísticas admiten interpretaciones y no se puede a nombre de una sola interpretación intervenir en el contenido de una obra, modificarla o prohibirla. En una sociedad democrática la divulgación de manifestación de arte no puede estar sujeta a la opinión de un censor que tenga la potestad de decidir cuales obras se difunden y cuales no; esta práctica es propia de los regímenes autoritarios y totalitarios. Sin embargo, la convención americana sobre Derechos Humanos sí admite que los espectáculos públicos sean sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral, en este caso de la infancia y adolescencia. Es importante rescatar que la convención no admite la prohibición, sino la regulación, salvo que sea propaganda o constituya apología de odio nacional, racial o religioso, que incite a la violencia o cualquier acción ilegal contar cualquier persona o grupo de personas por motivo de raza, color, religión, entre otros.⁴⁸³

Indica la sala que si se hace una interpretación sistemática del instrumento internacional, la convención, se puede observar que la prohibición de la censura previa admite censura en espectáculos públicos para su regulación, no para su prohibición, con el fin de proteger la moral, en casos que sea apología de odio y que además incite a la violencia. La excepción es la censura previa en los casos mencionados, todos los demás casos implicará menoscabo a la libertad de expresión y pensamiento.⁴⁸⁴

⁴⁸² Ibidem.

⁴⁸³ Ibidem.

⁴⁸⁴ Ibidem.

Cita la sala varias sentencias como análisis comparado, entre ellas una de la corte suprema de los Estados Unidos, caso Whitney vs. California, en el que se manifestó:

“Aquellos que obtuvieron nuestra independencia creían... que el debate público era un deber político; y que éste debía ser un principio fundamental del gobierno americano. Ellos reconocieron los riesgos a los que están expuestas todas las instituciones humanas. Pero ellos sabían que el orden no puede asegurarse meramente a través del temor a un castigo por su violación; que es peligroso desincentivar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino hacia la seguridad se basa en la oportunidad de discutir libremente acerca de supuestos agravios y sus posibles remedios; y que el remedio adecuado para consejeros malignos consiste en buenos consejeros. (...)”⁴⁸⁵

En general, como ya se afirmó anteriormente, la sala *per se* es ejemplo de positivismo neo constitucional, sin embargo resulta provechoso rescatar ciertas ideas emitidas por estos magistrados, como que anteriormente, ésta entró a valorar una obra literaria, sobre si tenía contenido discriminatorio o no, para permitir su reproducción o no, a lo que llegó en aquél momento a que no tenía contenido discriminatorio, pero que en año 2015 decide cambiar su posición y abstenerse a declarar si la obra Cocorí es discriminatoria o no.

La base del recurso se funda en el resguardo de derechos fundamentales, base y principios de la constitución política, la libertad de expresión, autonomía de la voluntad, opinión libre y libertad de pensamiento. La sala ratifica que las obras artísticas son parte de la libertad del artista, crearla, y pueden tener múltiples interpretaciones, no puede la sala determinar la interpretación de una obra de arte ni prohibirla, puesto que sería autoritario y

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

típico de un totalitarismo y no de una democracia, régimen político al que se adscribe la Constitución política de Costa Rica.

La sala hace mención de un instrumento internacional, la convención americana de Derechos humanos, para fundar su recurso, lo que igualmente fundamenta su posición positivista post moderno, ya que la Convención resguarda principios y valores supremos y universales para los Estados pactantes. Con respecto a la convención, menciona que la autoridad pública puede censurar espectáculos públicos con el objetivo de regular el acceso a estos, con el fin de proteger la moral de la población infantil y adolescente específicamente. Lo que evidencia aceptación con respecto a la relación moral-Derecho, mas de una manera positivista, puesto que la delimitación moral y su interpretación depende de los principios y valores supremos legitimados democráticamente.

Asimismo, la Sala menciona que con base en una interpretación sistemática de la norma internacional, puede sostener que es válida la regulación en caso que sea de apología al odio o inste a la violencia, pero que al ser una excepción al derecho y valor supremo de la libertad de expresión, debe interpretarse taxativamente. También hace uso de Derecho comparado, trayendo a colación una resolución estadounidense que menciona que base de la democracia es el principio del debate público, que si bien el pensamiento libre es un riesgo para las instituciones creadas, no se puede asegurar un sistema basado en el temor a la represión, puesto que la represión alimenta el odio, y el odio amenaza la estabilidad del sistema y el gobierno. Lo que evidencia una ponderación axiológica de diferentes fines y valores supremos, tomando la decisión política de cual prima sobre otro; y en este caso, la sociedad estadounidense optó por asegurar el pensamiento libre y la discusión de ideas libremente para llegar a posibles remedios.

Como conclusión del anterior análisis jurisprudencial realizado en este apartado, se puede decir que el pensamiento jurídico predominante en la Corte Suprema de Justicia, a inicios del siglo XXI, tomando en consideración incluso al órgano creado para velar por principios constitucionales, ejemplo por antonomasia de posición neo constitucionalista, incluso con las ideas emitidas de esta Sala Constitucional, se puede decir que los magistrados tienen una concepción positivista clásica arraigada, que muestran en algunas frases, algunas exactamente en “copy and paste”, que buscan un cambio hacia nuevas concepciones del Derecho, pero evidencian a través de su argumentación una falta de conocimiento en los fundamentos de cada una de las concepciones como para poder adscribirse al que en la norma escrita aparenta que Costa Rica se adscribe, es decir, si no se logra entender los fundamentos filosóficos del Derecho en el que se vive, que democráticamente se adscribió, entonces cuesta lograr coherencia argumentativa y sólida en los casos que llegan a su conocimiento, y terminan aludiendo a argumentos formalistas y clásicos.

En medio del evidente posicionamiento formalista, que busca cambiar a un neo constitucionalismo, se rescata la posición de la magistrada Jenny Quirós, que evidenció conocimiento vasto y además una decidida posición crítica. Tan amplio conocimiento demostró en su redacción del voto salvado que optó por en la “letra” adscribirse a un post positivismo, para evitar cualquier posible represalia en su contra, como históricamente lo han tenido los Crítics y realistas del Derecho.

SECCIÓN II. REPRESENTACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA EN EL ÁREA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL ESTADO COSTARRICENSE.

En esta última sección se tratará de identificar la representación real, a nivel de componente humano de la Universidad de Costa Rica en el Poder Judicial, tercer poder de la República que tiene por función la administración de justicia. Si bien el Poder Judicial cuenta con una estructura administrativa interna compleja para su eficiente funcionamiento, por razones de interés investigativo se hará un análisis de la representación de la Universidad de Costa Rica solo en el área específica de la facultad jurisdiccional, el grado de representación en la judicatura.

Después de haber dilucidado una corriente filosófica del Derecho predominante en el Poder Judicial, a partir del análisis normativo, en el “papel” y de las ideas esgrimidas por los magistrados, que tienen un poder político en cuanto a decisores y líderes de Derecho en Costa Rica; ahora se procederá a analizar si la posición filosófica predominante frente al Derecho, en el Poder Judicial, tiene alguna relación y armonía con las ideas del Derecho en la Universidad de Costa Rica, en razón del componente humano que constituye el área de administración de justicia. Para esto, se analizará algunos datos representativos aportados por el área administrativa de Carrera judicial, y además datos estadísticos recolectados en el estudio realizado por el Estado de la Nación, publicados en el año 2017 como el Estado de la Justicia.

El desarrollo del Derecho en la sociedad se da a través de la participación de diferentes personas que cumplen diferentes funciones, es decir, distintos participantes; entre ellos los que aplican y utilizan el Derecho, en este grupo tenemos a los que lo utilizan como medio de trabajo y los que se benefician de él directamente, algunas veces ambos papeles se encuentran

en un mismo sujeto; todos encontrados en la dinámica del Estado, en el caso particular de un Estado bajo el paradigma democrático de Derecho.

Por otro lado están aquellos sujetos que utilizan el Derecho para el desarrollo del mismo como área del conocimiento y su divulgación, por medio de la enseñanza, para que los que deciden aprender del mismo puedan utilizarlo y aplicarlo fuera de la academia o si así lo desean, dentro de la academia.

Este desarrollo del Derecho no es lineal, sino que cada área se alimenta de la otra; por lo que después de haber identificado la posición frente al Derecho de los académicos en la Universidad de Costa Rica, se pasará a identificar si hay representantes de esta institución en el área de administración de justicia que constituyan un puente de ideologías y pensamiento filosófico entre ambas instituciones creadoras de Derecho. O si no hay conexión real/humana alguna entre ambos, lo que llevaría a pensar que la adopción de un pensamiento jurídico está basado principalmente en las normas estatales, por lo que la Universidad de Costa Rica, representada por la facultad de Derecho en esta rama del conocimiento, simplemente está funcionando de escuela técnica al servicio del Estado para capacitar ciudadanos en Derecho. Adoptando así la facultad de Derecho la corriente filosófica del Derecho del Estado, a través de los fallos del área de administración de justicia, el órgano judicial y la normativa costarricense.

A. LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (FACULTAD DE DERECHO) EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Primeramente, sobre el estado actual de composición de la Corte Suprema de Justicia, constituida por las Salas de mayor jerarquía a nivel judicial y los magistrados, aquellos que ostentan el poder de delimitar la línea de pensamiento filosófico y de Derecho. A continuación se muestra un cuadro comparativo de los magistrados propietarios y suplentes

por sala, y la Universidad de la que se egresaron de la licenciatura en Derecho, obtenido de los curriculum respectivos, de aquellos que lo tienen para acceso al público, además de algunos de sus estudios post-universitarios en cuanto a los magistrados titulares.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COSTA RICA

Universidad en la que curso y se egresó de Licenciatura en Derecho	Magistrada (o)	Otros estudios
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA	Luis Guillermo Rivas Loáiciga (titular)	<ul style="list-style-type: none"> - Maestría en Administración de Empresas, Universidad Latina. - Maestría en Derecho Empresarial, Universidad para la Cooperación Internacional. - Distintos seminarios y congresos.
	Román Solís Zelaya (titular)	<ul style="list-style-type: none"> - Universidad de Bologna, Italia. - Especialidad en Derecho público de la economía, Escuela

		<p>de perfeccionamiento en ciencias administrativas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ministerio de asuntos exteriores de Italia, escuela de diplomacia y relaciones internacionales. - Academia internacional de la Haya, curso de Derecho del mar. - Universidad de Costa Rica, ciencias políticas.
	<p>William Molinari Vílchez (titular)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Universidad complutense de Madrid, doctorado en derecho civil.

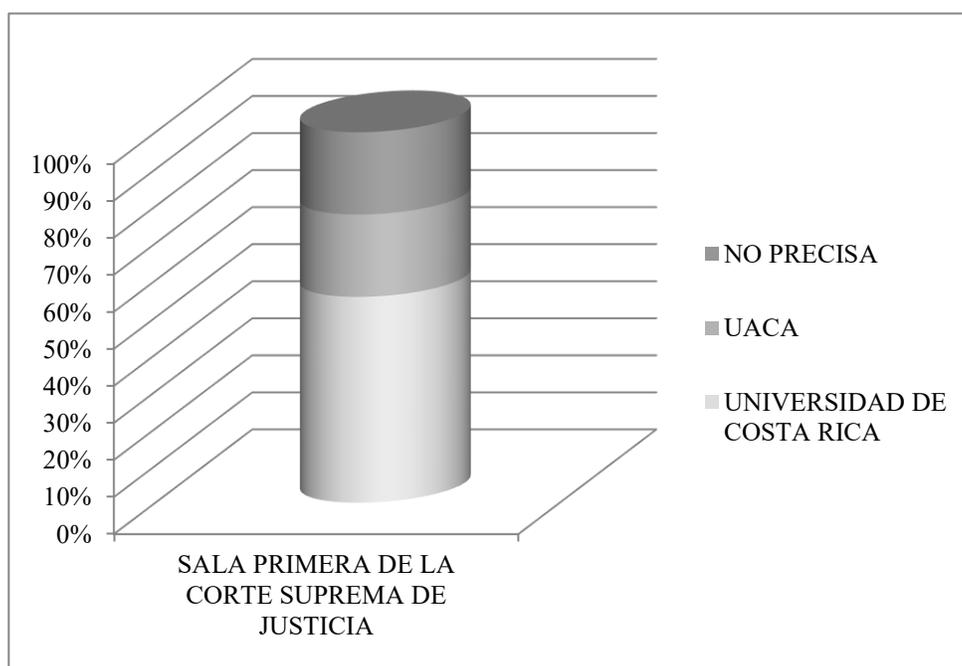
		- Conferencias, seminarios, entre otros.
	Yazmin Aragón Cambrero (suplente)	
	José Rodolfo León Díaz (suplente)	
UACA	Carmenmaría Escoto Fernández (titular)	<ul style="list-style-type: none"> - UNA, estudios generales. - Los angeles city college, USA, precarrera. - UNA, maestría y especialidad en administración de justicia. - UCR, especialidad en derecho agrario. - Universidad Georgetown Washington D.C. USA, curso sobre Derechos Humanos,

		especialidad en derecho de la mujer. - Escuela judicial. - UCR, derecho ambiental. - Colegio de Abogados - Entre otros en la UNA.
	Rocío Rojas Morales (titular)	- Universidad Escuela Libre de Derecho, doctorado. - UCR, especialidad en ciencias penales.
NO PRECISA	Maribel Seing Murillo (suplente)	
	Carlos Chaverri Negrini (suplente).	

Cuadro 9. Fuente: Elaboración propia.

Entonces, de acuerdo a los datos anteriores, se puede observar que más de la mitad de la Sala primera está compuesta por egresados de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, los demás son egresados de la Universidad Autónoma de Centroamérica o de otras universidades no precisadas; sin embargo, la mayoría está compuesta por juristas

formados en el pensamiento filosófico de la Universidad de Costa Rica, y los demás muestran haber optado por estudios de postgrado y maestrías en la institución estatal, lo que muestra que en algún momento fueron enseñados y guiados por la corriente filosófica predominante de la facultad de Derecho de la UCR.



Cuadro 10. Fuente: Elaboración propia.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COSTA RICA.

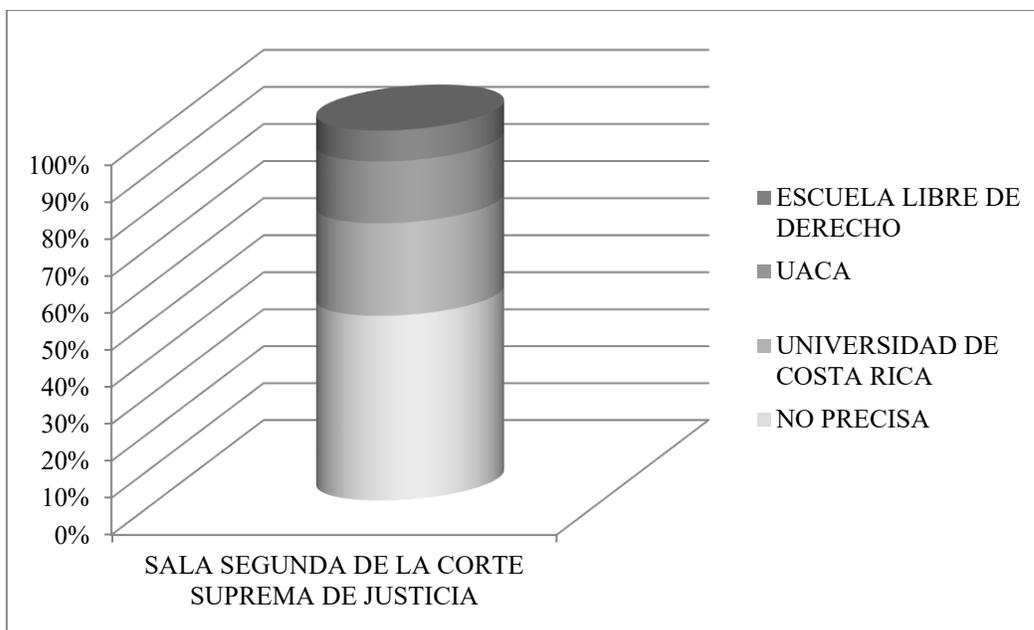
Universidad en la que curso y se egresó de Licenciatura en Derecho	Magistrada (o)	Otros estudios
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA	Orlando Aguirre Gómez (titular)	Especialización en formación sobre Derecho de autor y Derechos conexos,

		Organización mundial de la propiedad intelectual.
	Julia Varela Araya (titular)	Doctorado en Derecho, UNED. Maestría en Derecho Público, UCR.
	María Alexandra Bogantes Rodríguez (suplente)	
NO PRECISA	Luis Porfirio Sánchez Rodríguez (titular)	Maestría en Derecho del trabajo y la seguridad social, UNED Curso de postgrado en Derecho del trabajo, Universidad de Salamanca, España.
	Juan Federico Echandi Salas (suplente)	
	Hector Blanco González (suplente)	
	Mario Gutierrez Quintero (suplente)	
	Marcela Allón Zúñiga (suplente)	

	Milagro Rojas Espinoza (suplente)	
UACA	Jorge Enrique Olasso Alvarez (titular)	Mestría en derecho, UNED Doctorado en Derecho, UNED
	Roxana Chacón Artavia (titular)	Maestría en Derechos Humanos, UNED
UNIVERSIDAD ESCUELA LIBRE DE DERECHO	Roxana Solís Madrigal (suplente)	

Cuadro 11. Fuente: Elaboración propia.

En el caso de la Sala segunda de la Corte, muestra un cambio ya que la mitad no precisa la universidad en la que estudiaron Derecho y la otra mitad está compuesta por magistrados de provenientes de la UCR y la Universidad Autónoma Centroamericana, solo uno muestra ser egresado de la Escuela Libre de Derecho.



Cuadro 12. Fuente: Elaboración propia.

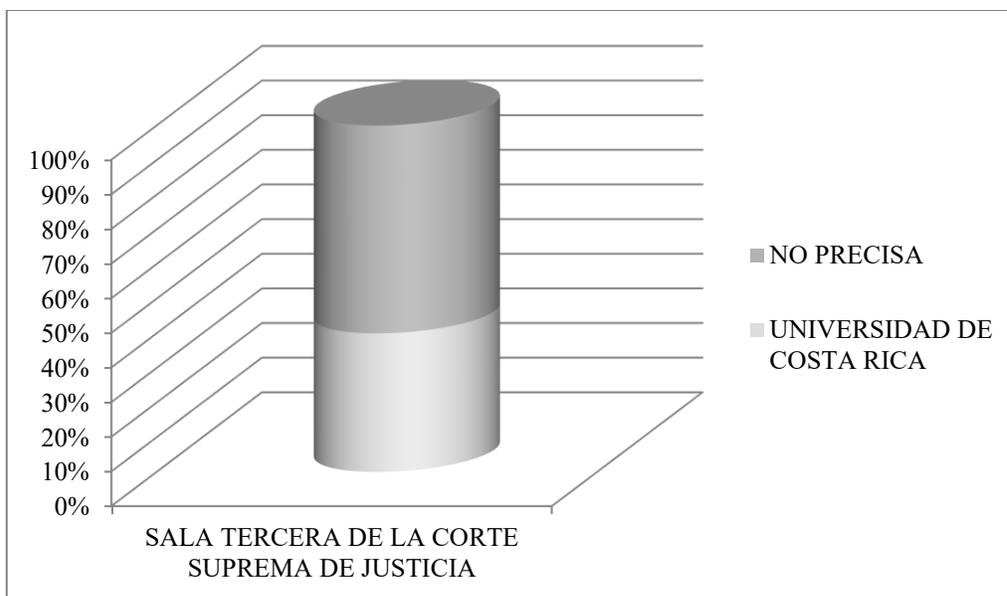
**SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
COSTA RICA.**

Universidad en la que curso y se egresó de Licenciatura en Derecho	Magistrada (o)	Otros estudios
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA	Jesús Ramirez Quiros (titular)	
	Patricia Solano Castro (titular)	Postgrado en administración de justicia, UNA
	Sandra Zúñiga Morales (suplente)	
	Jorge Desanti Henderson (suplente)	

NO PRECISA	Gerardo Rubén Alfaro Vargas (suplente)	
	Jaime Robleto Gutierrez (suplente)	
	Rafael Segura Bonilla (suplente)	
	Ronald Cortés Coto (suplente)	
	Rosibel Lopez Madrigal (suplente)	
	María Elena Gomez Cortés (suplente)	

Cuadro 13. Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a la Sala tercera, se puede apreciar que la más de la mitad tampoco precisa el lugar de obtención de su grado de licenciado en Derecho, pero el otro 40% es egresa de la Universidad de Costa Rica.



Cuadro 14. Fuente: Elaboración propia.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COSTA RICA.

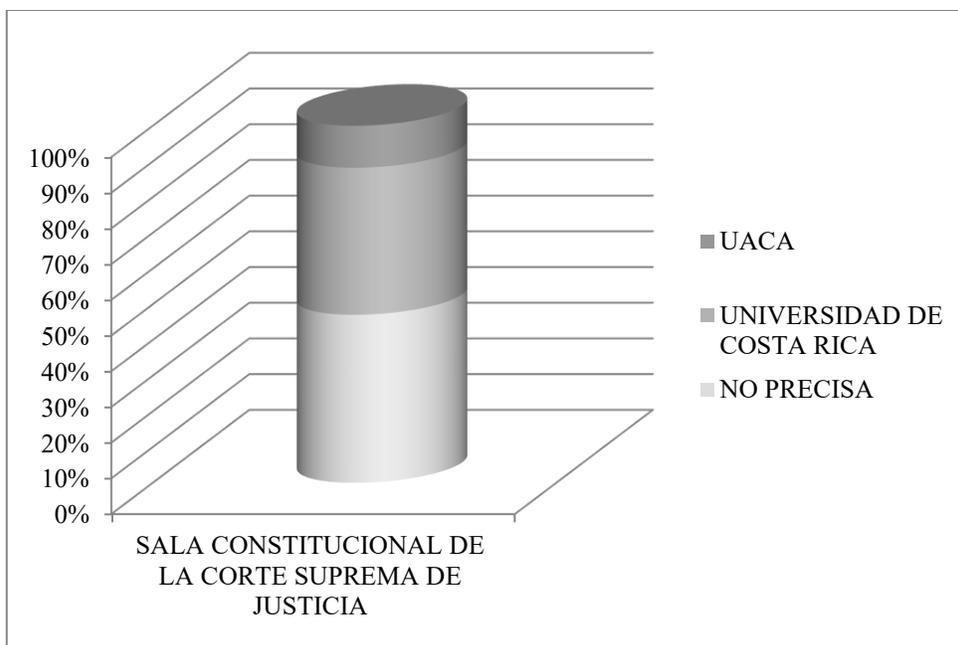
Universidad en la que curso y se egresó de Licenciatura en Derecho	Magistrada (o)	Otros estudios
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.	Fernando Castillo Viquez (titular)	Doctorado en Derecho, Universidad Libre de Derecho.
	Fernando Gruz Castro (titular)	Doctorado en Derecho, Universidad Complutense en Madrid, España
	Nancy Hernandez Lopez (titular)	Maestría en Derecho público, UCR.

		Maestría en Derecho tributarios, Universidad para la cooperación internacional.
	Anamri Garro Vargas (suplente)	
	Ronald Salazar Murillo (suplente)	
	Marta Esquivel Rodriguez (suplente)	
	Alejandro Delgado Faith (suplente)	
NO PRECISA	Paul Rueda Leal (titular)	Doctorado en Derecho constitucional, Universidad Johann Wolfgang Goethe, Alemania
	Luis Fernando Salazar Alvarado (titular)	Doctorado en Derecho del trabajo, universidad de Alcalá, España (equiparado en la UCR)
	Jorge Araya García (titular)	
	Ana María Picado Brenes (suplente)	

	José Paulino Hernandez Gutierrez (suplente)	
	Alicia Salas Torres (suplente)	
	Ileana Sanchez Navarro (suplente)	
	María Lucila Monge Pizarro (suplente)	
UACA	Hubert Fernandez Arguello (suplente)	
	Mauricio Chacón Jiménez (suplente)	

Cuadro 15. Fuente: Elaboración propia.

Por último, contamos con la Sala constitucional, que presenta un 45% compuesto por egresados de la Universidad de Costa Rica y otro 45% compuesto por magistrados que decidieron no indicar su universidad de procedencia, más un 10% de egresados de la Universidad Autónoma de Centroamérica.



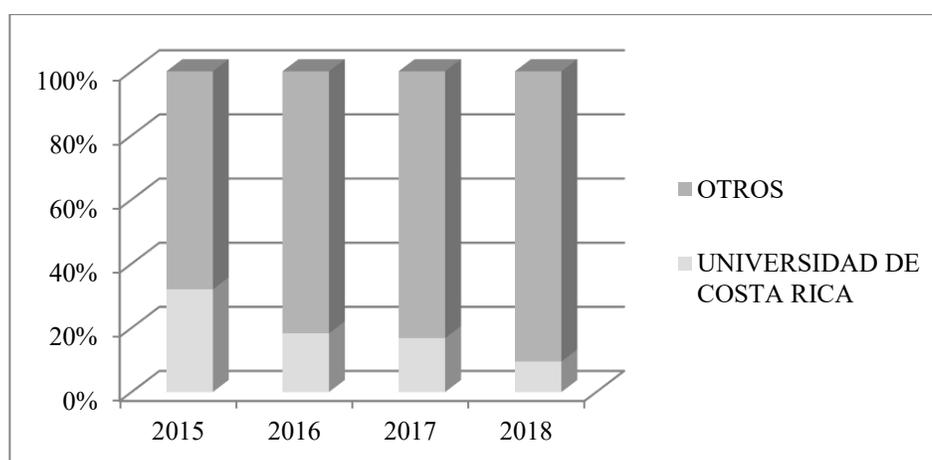
Cuadro 16. Fuente: Elaboración propia.

De la información recolectada anteriormente, se puede observar que la influencia de la Universidad de Costa Rica en la Corte no es fuerte, diferente de como pudo haber sido anteriormente. Un total de 39,5% de los magistrados son egresados de la facultad de Derecho, lo que es coherente con el pensamiento del área administrativa del poder judicial, quienes a la hora de entregar información necesaria estadística para la elaboración de esta investigación, comentaron que la representación de la Universidad de Costa Rica en la judicatura era mínima.

Por lo que si bien la corriente filosófica del Derecho predominante en la facultad de Derecho no es el principal factor influyente en la Administración de Justicia y el Estado, sí se identifica una coherencia y armonía entre el pensamiento del Estado y la Universidad de Costa Rica.

B. ESTADO ACTUAL DE PARTICIPACIÓN A LA JUDICATURA, DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (FACULTAD DE DERECHO), A PARTIR DE DATOS SOBRE APLICANTES A POSICIÓN DE JUEZ

Por otro lado, contamos con la estadística de los aplicantes a la judicatura al 2018, estadística aportada por la sección administrativa de carrera judicial del poder judicial. En esta se puede apreciar la cantidad de aplicantes que quedaron en estado de elegibilidad después de haber realizado la prueba a la judicatura, y la universidad de la que provienen. A continuación se muestran algunos gráficos con los resultados comparativos.



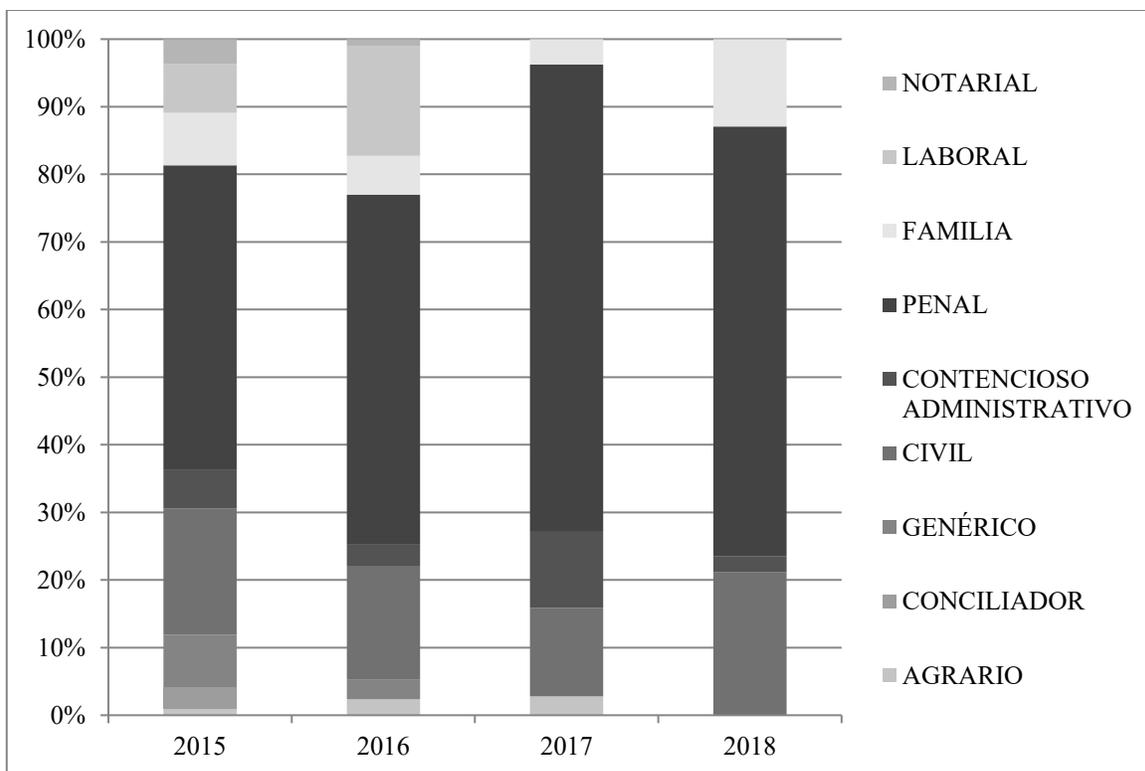
Cuadro 17. Fuente: Elaboración propia.

En el gráfico anterior se puede observar el porcentaje de elegibles por año, egresados de la Universidad de Costa Rica en comparación con la zona roja, que indica los elegibles de diferentes universidades. Siendo que en el 2015 hubo un total de 203 candidatos elegibles, de los cuales 65 son egresados de la Universidad de Costa Rica, en el año 2016 quedaron 213 elegibles, de los que 39 son egresados de la UCR; en el 2017 quedaron 113 elegibles, y de ellos 19 son de la UCR; por último, en el 2018 quedaron 105 elegibles de los que 10 son de la UCR.

Del gráfico se logra obtener un resultado visual de descenso porcentual en cuanto a los candidatos elegibles que quedaron por año, es decir, que en los años 2015 y 2016 hubo más candidatos elegibles que en los siguientes años. Aunque no se cuenta con la cantidad de aplicantes por año, para hacer la comparación con respecto a la aprobación, lo importante para esta investigación es cómo posiblemente se podría componer el órgano judicial del Estado.

También se puede ver que así como descendió la cantidad de elegibles, descendió la cantidad de elegibles de la UCR, lo que podría deberse a: 1. El estudiante egresado de la Universidad de Costa Rica no está aprobando los exámenes o 2. El estudiante egresado de la Universidad de Costa Rica no está aplicando para ingresar a la judicatura. De acuerdo a lo dicho por la sección administrativa de carrera judicial pareciera que es la segunda posibilidad, ya que cada vez más los egresados de la Universidad de Costa Rica optan por el sector privado para ejercer la profesión.

Ahora, siguiendo con el análisis estadístico, en el siguiente cuadro se puede ver la distribución de elegibles por año y por materia. Lo que también podría resultar de dos opciones, la primera que el porcentaje de aprobación de los exámenes sea bajo con respecto a las materias con bajo porcentaje de elegibles, o la segunda opción, que el porcentaje de elegibles sea mayor en ciertas materias, puesto que es en las que más aplicantes se inscriben, siendo que en las de bajo porcentaje no hay tantos aplicantes. De acuerdo con el documento estadístico aportado por la sección administrativa de carrera judicial es la segunda opción; básicamente hay materias con mayor afinidad por los aplicantes y otras en las que ni siquiera se inscriben para realizar las pruebas, un ejemplo serían las pruebas para juez conciliador, genérico y agrario.

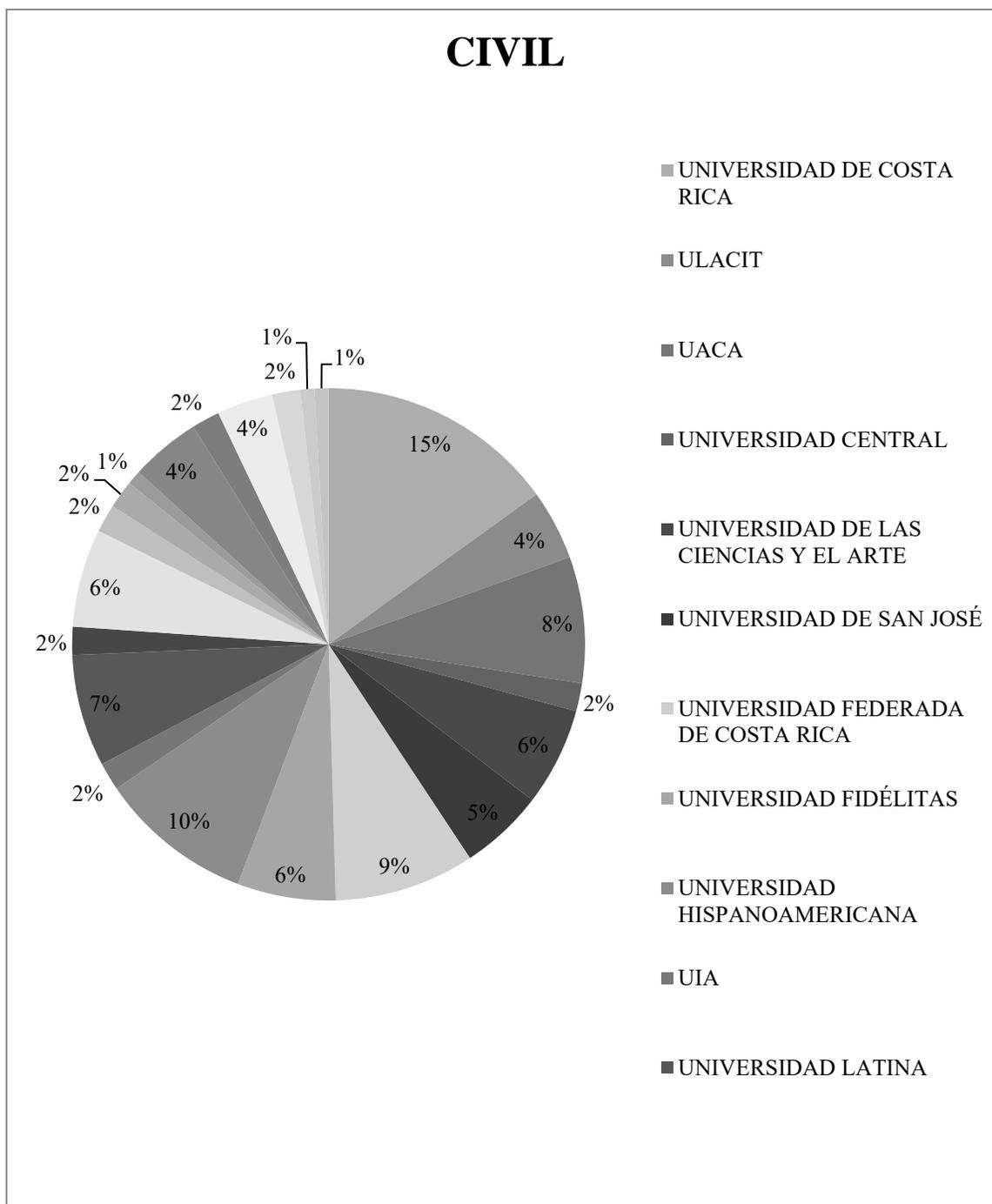


Cuadro 18. Fuente: Elaboración propia.

Ahora, en los siguientes gráficos se observa el porcentaje de componente humano egresado de la Universidad de Costa Rica, en comparación con el mismo dato de otras universidades que también han tenido elegibles en la judicatura, haciendo un porcentaje total, es decir, tomando en consideración del año 2015-2018, como datos parte de la estadística aportada por la sección administrativa de carrera judicial.

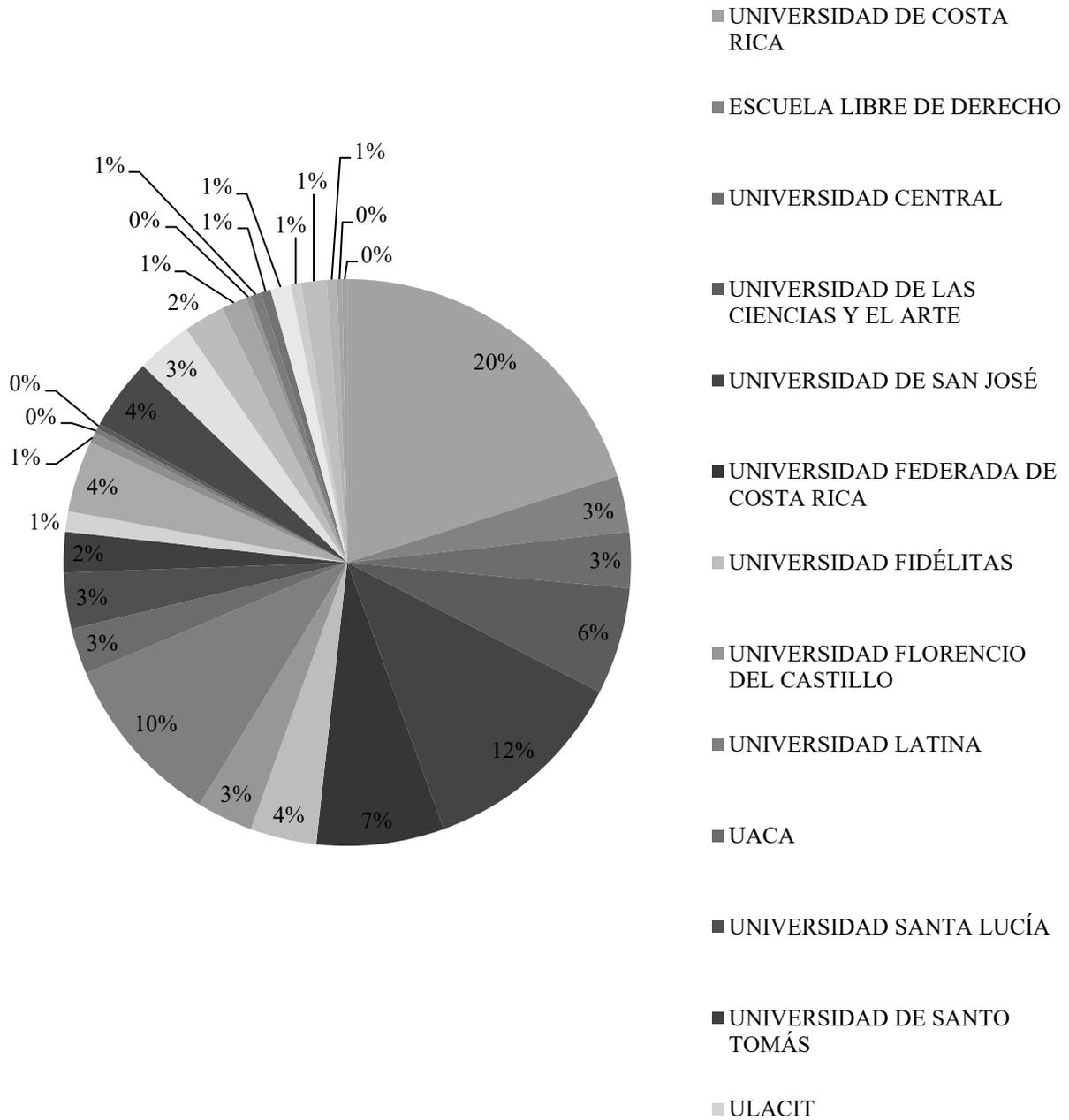
Los siguientes gráficos se dividen por las materias en las que hay mayor cantidad de elegibles, mismas que son, de acuerdo al gráfico anterior: penal, civil, laboral, familia y contencioso administrativo. Igualmente, la limitación con la que se cuenta es la ausencia del dato estadístico sobre cuantos aplicantes hubo por universidad, lo que permite identificar un vacío en cuanto a la información estadística y archivística del área administrativa del poder

judicial, ámbito en el que se podría mejorar con fines de transparencia, en el área administrativa judicial.



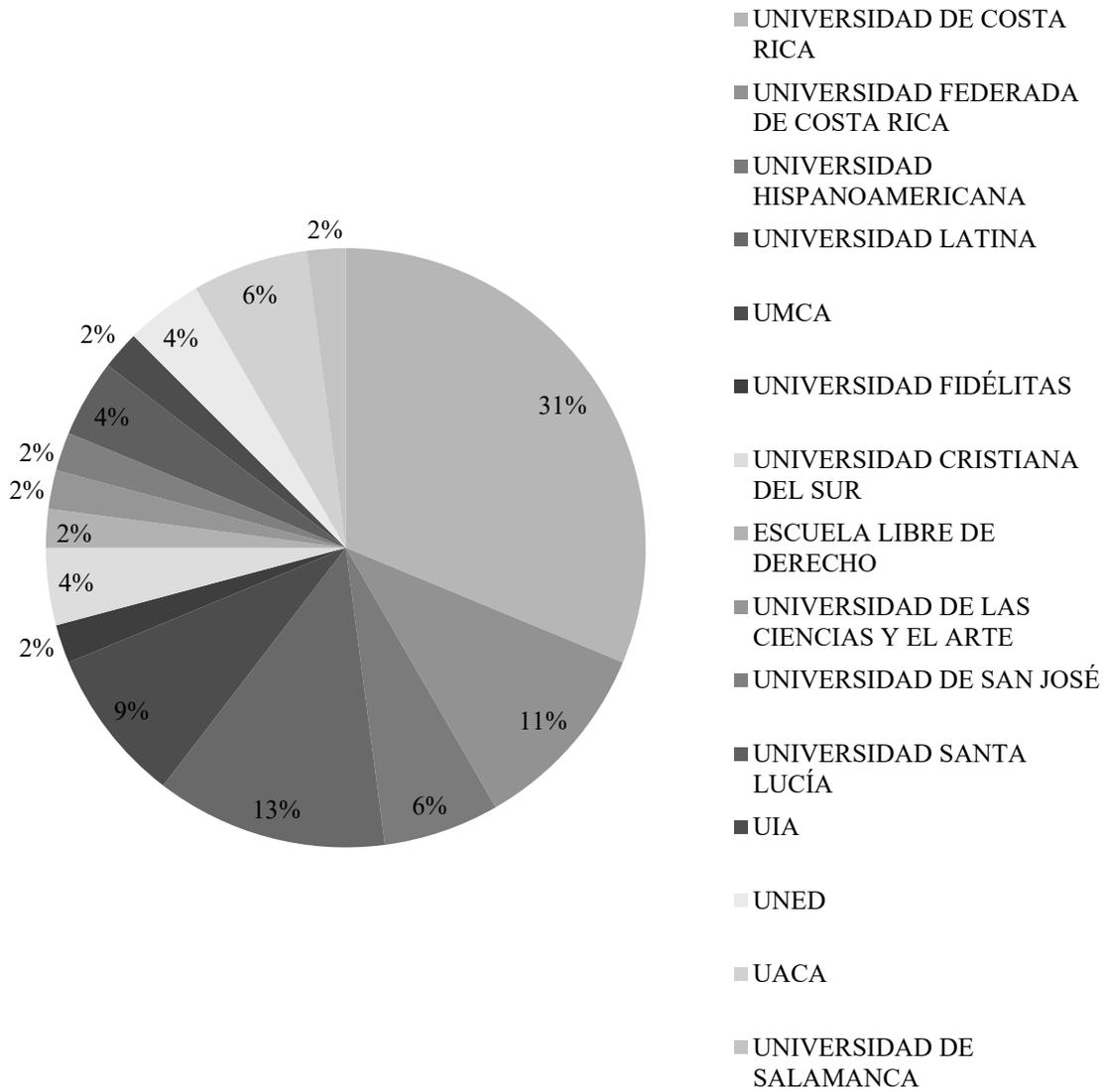
Cuadro 19. Fuente: Elaboración propia.

PENAL



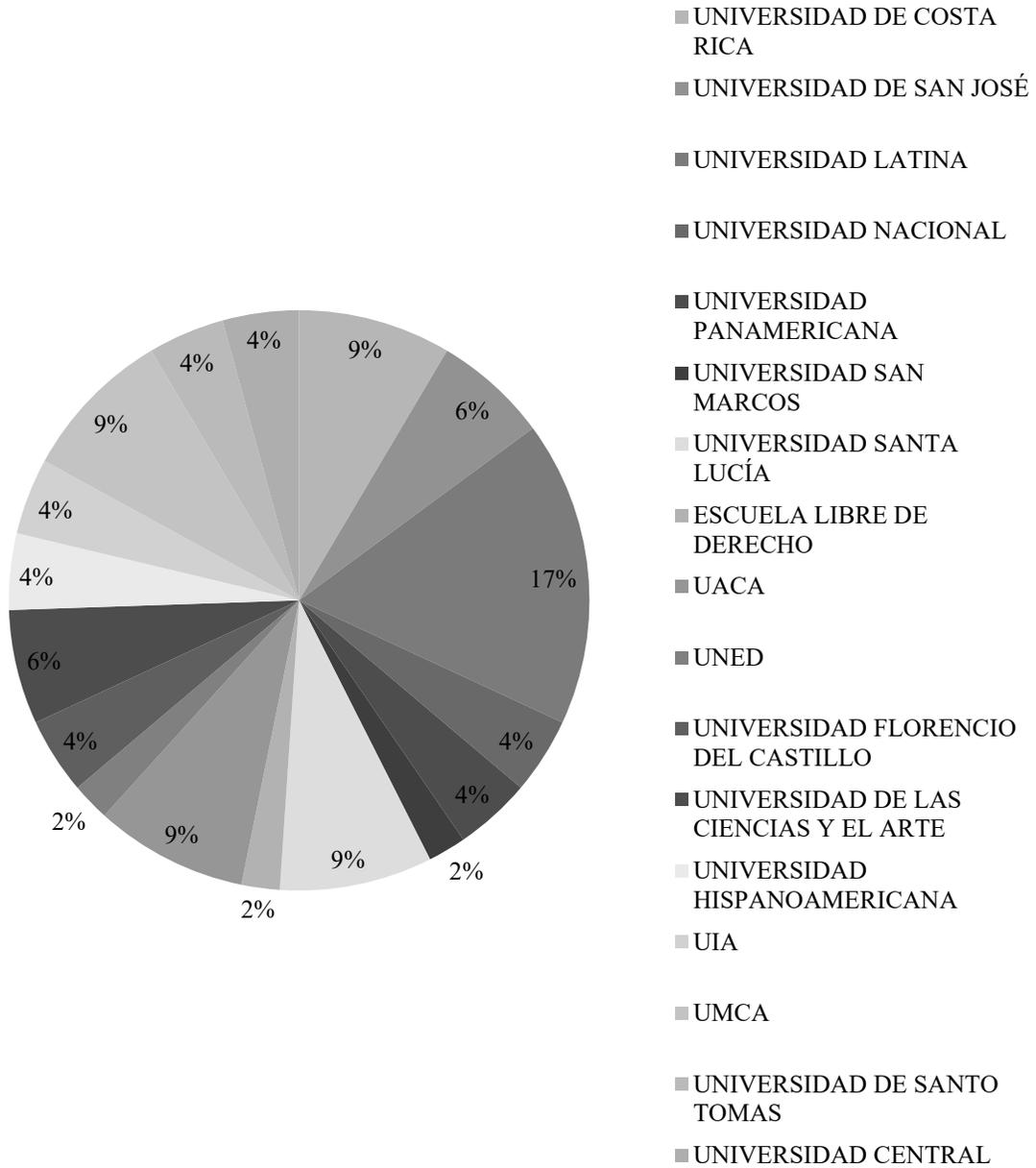
Cuadro 20. Fuente: Elaboración propia.

LABORAL



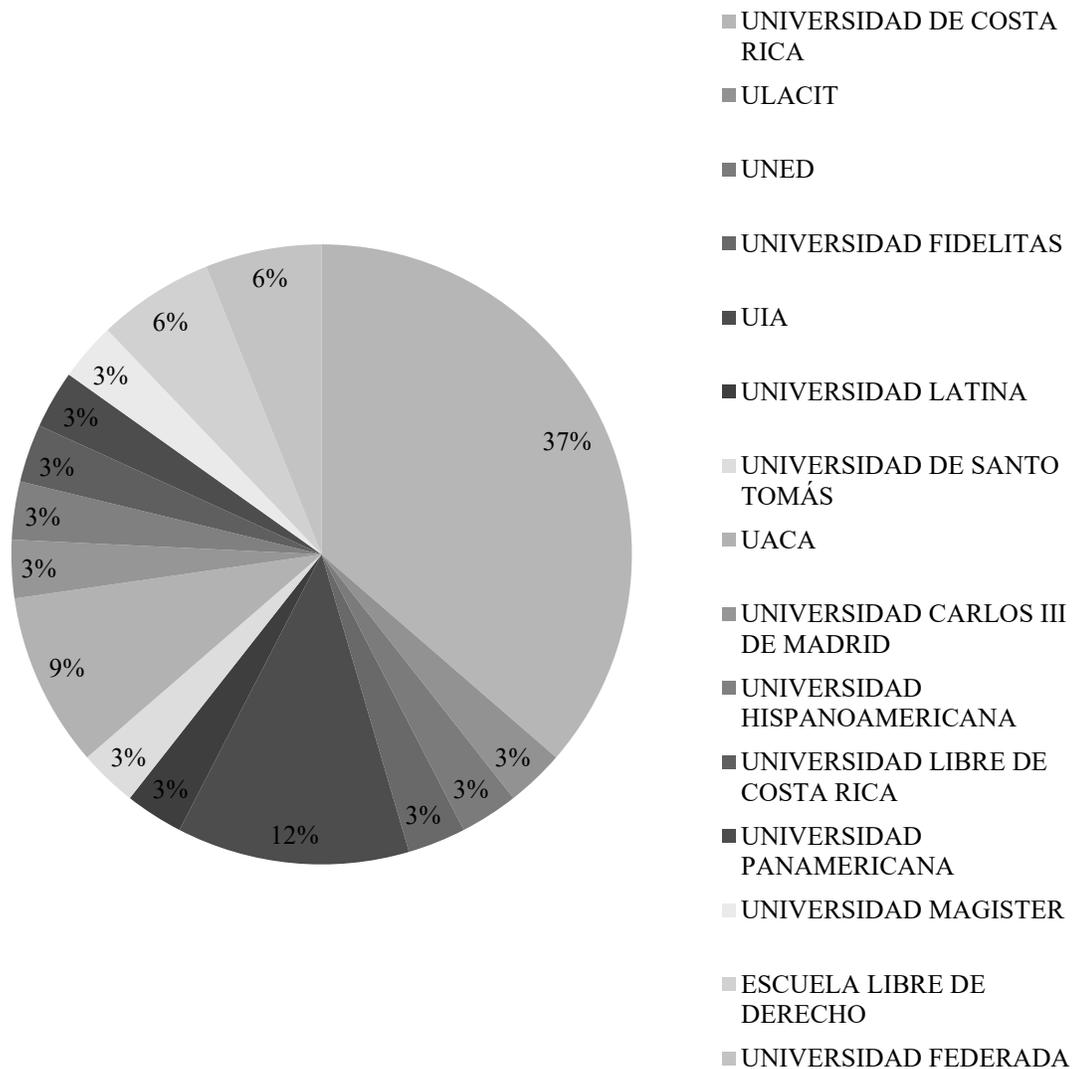
Cuadro 21. Fuente: Elaboración propia.

FAMILIA



Cuadro 22. Fuente: Elaboración propia.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



Cuadro 23. Fuente: Elaboración propia.

De lo anterior se puede observar que en las materias con más popularidad para aplicación a la judicatura, el mayor porcentaje de aprobación lo tienen los egresados de la UCR, solamente queda el ejemplo del área de familia, en la que la UCR es superada por elegibles de la UACA; sin embargo, se vuelve al punto mencionado anteriormente, vacío informativo y archivístico que afecta en los porcentajes y estadísticas, y es que el porcentaje de aprobación puede estar relacionado con el porcentaje de aplicantes.

Entonces, si bien se cuenta con el dato de aprobación, no se cuenta con el dato de aplicantes, por lo que, tanto en este caso del examen de familia, como en los demás, puede deberse a que no haya muchos aplicantes de parte de la universidad con menos aprobación porcentual. Lo que queda en un área gris, pero que al menos se puede determinar que de todas las áreas temáticas, el mayor componente humano aprobado está compuesto por egresados de la UCR, mismos que podrán formar parte de la judicatura y administradores de justicia, delimitantes de pensamiento filosófico y línea argumental jurisprudencial.

Además de los datos mostrados anteriormente, también se cuenta con los datos recopilados para la elaboración del segundo informe del Estado de la Justicia, realizado por el Programa del Estado de la Nación, Poder Judicial y el Consejo Nacional de Rectores, del que se obtuvieron datos importantes para esta investigación.

El estudio del Estado de la Justicia buscó dar seguimiento al desempeño del Poder Judicial desde la perspectiva de su desarrollo humano, identificando problemáticas y desafíos que enfrenta este sector de la Administración Pública. Este es un medio para rendir cuentas a la ciudadanía y una herramienta para mejorar en cada departamento del Poder Judicial, así

como de utilidad para el desarrollo investigativo en la academia y los practicantes del Derecho, los derechos humanos y la gobernabilidad.⁴⁸⁶

Se tomó como concepción del Poder Judicial un complejo conglomerado de instituciones que tienen a cargo múltiples y a veces contradictorias funciones, sin embargo, se sintetizó sus competencias en tres áreas de estudio, su dimensión institucional, su dimensión política y su dimensión jurisdiccional o garante del Estado de Derecho.⁴⁸⁷

El grupo de estudio e investigadores indicaron que los datos recolectados no abordan las diferencias filosóficas, políticas e ideológicas sobre el gobierno y la organización del Poder Judicial, que son temas inexorables y además deseables en una sociedad democrática. Tampoco pretendió eliminar las percepciones de justicia o falta de ella, eficacia o ineficacia del sistema judicial, puesto que en una democracia es un derecho e inevitable, tener diferentes percepciones y expresarlas.⁴⁸⁸

Lo anterior diferencia el estudio del Estado de la Justicia con respecto a este estudio, ya que el informe del Estado de la Justicia tuvo por objetivo el rendimiento de cuentas de manera estadística, datos que sirven para analizar y pensar sobre problemáticas del Poder Judicial, como sirve a esta investigación para pensar en la tendencia filosófica del Poder Judicial y en cuánto, porcentualmente, su componente humano podría deberse a un pensamiento formado en la Universidad de Costa Rica. Es decir, si bien ellos no estudiaron temas filosóficos del Poder Judicial, los datos recopilados sirven para comparar con respecto a una hipótesis filosófica en esta investigación, para pensar en cuestiones de filosofía del

⁴⁸⁶ CONSEJO NACIONAL DE RECTORES (2017). Programa de Estado de la Nación, Segundo Informe Estado de la Justicia/PEN. *Ibid.*

⁴⁸⁷ *ibidem*

⁴⁸⁸ *Ibidem.*

Derecho, así como ellos mismos mencionaron, es un conocimiento aunque meramente informativo y estadístico, sirve para investigaciones académicas.

De acuerdo con el discurso inicial de sus investigadores, el informe aporta información y análisis valiosos para evitar la arbitrariedad en la esfera pública, con el objetivo de que las decisiones se tomen más que con base en creencias o caprichos. Es así como se indica que la idea no es callar el debate u opinión particular, sino alimentar la riqueza de estos debates, termina siendo un bien público para la democracia costarricense.⁴⁸⁹

Se admitió que la elaboración del informe, tuvo complicaciones y limitaciones, entre ellas la existencia de un escaso desarrollo de investigación científica basada en protocolos de recolección, sistematización y análisis de datos sobre el desempeño de la administración de justicia en Costa Rica, lo que representó una restricción y obligó a invertir tiempo y recursos en generar las bases mínimas de información inicial para dar seguimiento a ciertos temas.⁴⁹⁰

Cabe resaltar que la problemática mencionada por los investigadores del *Estado De la Justicia*, se comparte en esta investigación, ya que se requirió de mucha información similar que no estaba disponible, lo que deja como conclusión una evidente necesidad de desarrollo investigativo en cuanto a temas de justicia y Derecho sustantivo, aún más siendo que hay una generalización de estudios temáticos sobre Derecho adjetivo y especializado, los mismos estudios normativos y doctrinarios, sin adentrarse a problemáticas del Derecho en la sociedad, mismo que se requiere pensar y ahondar en la temática, para beneficio mismo del desarrollo de la democracia, como indican estos investigadores, con un objetivo general de

⁴⁸⁹ Ibidem.

⁴⁹⁰ Ibidem.

bien común, puesto que en el momento que el debate público de estos temas se detiene, deja de ejercitarse la democracia y se consolida un sistema despótico, burocrático y tecnificado.

Indica el informe en cuestión que si bien hay una larga tradición de estudios jurídicos, estos versan sobre análisis doctrinarios y filosóficos sobre el Derecho, o en el examen de leyes y sentencias con base en la exegesis de textos jurídicos; son contadas las investigaciones sobre institucionalidad judicial en las disciplinas de las ciencias sociales y económicas, administración y estadística, por lo que no había antes de estos primeros informes información sistemática, lo que fue un obstáculo para casi todos los temas tratados, esto a pesar de la información con la que se contaba gracias a *anuario judicial*, el departamento de estadística y la dirección de planificación del Poder Judicial.⁴⁹¹

Este punto resalta el vacío académico en los estudios político judiciales y la saturación de estudios doctrinarios orientados por una visión exegética del Derecho, que para estudiar Derecho solo se ocupan normas y supuestos “análisis” normativos, tendientes a la literalidad de las normas, y cuando se hace mención de estudios “filosóficos” del Derecho, son “filosóficos” porque versan sobre conceptos jurídicos e ideas etéreas, pero no porque se haga un estudio filosófico real, si bien sus temáticas son filosóficas se abordan igualmente desde una perspectiva o mentalidad positivista, lo que impide que haya una profundización y razonamiento filosófico en el mismo, no más que un estudio o recopilación doctrinaria, dogmática y jurisprudencial, entronizando y alejando cada vez más el mundo de los conceptos jurídicos de la realidad social.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

El capítulo cuarto de este informe resulta de especial importancia para la presente investigación, ya que aborda *la calidad del recurso humano en el Poder Judicial*. En este se incluye un apartado sobre la formación inicial que reciben los funcionarios del Poder Judicial, en donde se tiene por formación inicial los estudios universitarios con los que cuentan los funcionarios, datos aportados por la sección de reclutamiento y selección, además menciona que los encargados de la calidad de esta formación inicial son las universidades formadoras, responsabilidad importante, ya que afecta el sistema de administración de justicia al contratar a sus graduados.⁴⁹²

Es decir, en este estudio realizado entre 2016-2017, que es uno de los primeros en su especie en Costa Rica, resalta la importancia y actualidad del tema sobre qué se está haciendo en el sistema de administración de justicia, “quiénes” están ejerciendo esta facultad primaria y elemental en Costa Rica, que afecta cada vida habitante del territorio costarricense, por lo que presenta un primer plano sobre el *background* de aquellos que administran justicia, ya que aunque no se entra a hablar de este tema o discutir en el informe, es este *background* que constituye fundamento principal en las decisiones judiciales y lo que se ha decidido llamar de manera simple “calidad” del Derecho con el que se cuenta para administrar justicia, para no llamarle política judicial y conservar el deseo o expectativa de un verdadero “juez objetivo” e inmaculado.

En el informe se admite y saca a la luz, la necesidad de investigaciones sobre la enseñanza del Derecho, ya que afecta directamente el estado democrático y de justicia de un país. Por más que se quiera ignorar hablar de los planes de estudio, de calidad de estudios

⁴⁹² *Ibidem*.

superiores, sino meramente la necesidad de hablar de la obtención de un título para obtener la posibilidad de acceder o concursar a un puesto dentro de la estructura administrativa, como un grado meramente “requisito” y no profesión o *área del conocimiento* humano; esta visión simplista e individualista llevaría a una crisis del Estado y la Democracia, misma que podría decirse ya se tiene, aunque en esta investigación no se ahondará sobre la temática de corrupción y crisis democrática.

Entonces, el Departamento de Selección y Reclutamiento del Poder Judicial, indica que las competencias buscadas en los aplicantes para ser “administrador de justicia”, se pueden dividir en dos, competencias generales y competencias específicas o técnicas. Las primeras comprenden ética, transparencia y humanismo, las segundas se refieren a conocimientos y otras capacidades relacionadas con el cargo por desempeñar, de acuerdo con el informe de Estado de la Justicia, buscaron estudiar estas competencias en cuanto a puestos de jueces, fiscales y defensores públicos, mismos que contienen diferentes requisitos específicos o competencias deseadas, pero que para efectos de esta investigación se hará mención solamente del área de la judicatura, es decir, la posición de juez.⁴⁹³

En cuanto al perfil de juez, se delimitan siete competencias generales y veintitrés específicas. Entre las generales se solicita ética, transparencia e independencia jurídica, visión democrática, humanismo y conciencia social. De acuerdo con los investigadores del informe, se entiende por independencia jurídica que los jueces deben “actuar por propia convicción, en el marco del ordenamiento jurídico y no en función de las expectativas de otros o respondiendo a presiones directas o indirectas; así como llevar adelante las acciones

⁴⁹³ *Ibidem*.

necesarias para la ejecución de la decisión tomada y hacerse responsable de ella, tanto en el ámbito personal como en el social o jurisdiccional, sobre la base del Estado de Derecho”.⁴⁹⁴

Las conductas observables asociadas a esta competencia son:

- Toma decisiones y emite sus juicios aunque puedan ser difíciles o poco populares.
- Mantiene sus convicciones y decisiones argumentado razonadamente cuando son puestas en duda.
- Resuelve las materias que conoce con imparcialidad, basándose en los hechos y en las pruebas, y de conformidad con el Derecho.
- Decide los asuntos que le competen, sin restricción alguna y sin influencias, presiones, amenazas o intromisiones, directas o indirectas, de cualquiera o por cualquier razón.
- Toma posición a partir del Derecho vigente, sin dejarse influir real o aparentemente por factores extrajurídicos.
- Se abstiene de participar en actividades que comprometen su independencia.⁴⁹⁵

Por otro lado, entre las competencias específicas o técnicas en cuanto al puesto, es deseable que cuenten con resistencia a la tensión, sentido de urgencia y temple. En este informe se analizaron datos cuantitativos sobre los concursos para las posiciones de juez en el período 2011-2015, en el que se realizaron en total 137 concursos, los nombramientos de jueces fueron 125 en 2015 y 23 entre enero y abril de 2016, el 78% de estos nombramientos fueron internos, lo que quiere decir que fueron nombrados funcionarios del Poder Judicial, nombramientos endógenos. Asimismo, se logró determinar que en el 41% de los concursos

⁴⁹⁴ Ibidem.

⁴⁹⁵ Ibidem.

para juez, participaron menos de 50 personas y solo en un 16% participaron más de 200 aspirantes.⁴⁹⁶

De lo anterior es importante indicar que los nombramientos sean endógenos, esto puede determinar que haya poca participación de abogados que no son parte del Poder Judicial, o que los exámenes sean ganados en su mayoría por funcionarios judiciales, sin embargo, de acuerdo con la información que cuenta el área administrativa de carrera judicial, pareciera que la participación de abogados que ejercen en lo privado es mínima, usualmente se hace “carrera judicial” razón por la cual así es llamada esta sección creada para formar a los funcionarios del Poder Judicial y prepararlos para la judicatura.

Esta información es relevante en tanto se puede apreciar que el pensamiento filosófico de formación en Derecho, a lo interno de los funcionarios judiciales, si estos en su mayoría son educados en determinada universidad, entonces esta es la que está ejerciendo mayor fuerza política y filosófica en cuanto a la determinación de una corriente filosófica del Poder Judicial.

El estudio de Deloitte determinó que en la mayoría de los concursos del período 2011-2015 (77%) participaron menos de cincuenta aspirantes y solo en un 7% se contó con más de cien personas. Estos datos son congruentes con la cantidad de exámenes aplicados. La nota de aprobación depende del puesto. Para los jueces uno, dos y tres el mínimo es 75 y para las categorías cuatro y cinco, es 80. (...)

Por materia, los exámenes que en promedio registran mayores niveles de aprobación son “Apelaciones penal juvenil” (90%) y “Contencioso administrativo de apelaciones” (82%). En el extremo opuesto están “Familia y penal juvenil” (29%) y el de “Juez genérico”

⁴⁹⁶ Ibidem.

(16%) que es requisito para asistir al curso FIAJ (12%; gráfico 4.6). Las mejores calificaciones las alcanzan los jueces cuatro y cinco, lo cual es congruente con el perfil de esos cargos, pues requieren más experiencia y formación académica (maestría y doctorado), en contraste con los demás puestos, cuyo perfil admite menos años de experiencia (incluso personas recién graduadas) y el grado de licenciatura.⁴⁹⁷

Si se contrasta esta información con la suministrada por el Departamento Administrativo de carrera judicial, volviendo a la información de los gráficos anteriores; con respecto a la cantidad de elegibles entre los años 2015-2018, es decir, si usualmente la cantidad de aplicantes no supera las 50 personas de acuerdo con estudio entre los años 2011-2015, entonces se puede inferir que en realidad la cantidad de elegibles en cada materia entre los años 2015-2018 no es poca, sino es mucha con respecto a la cantidad de aplicantes, puesto que usualmente no hay muchos aplicantes, de hecho, ratifica la posibilidad de que si hay pocos elegibles o nulos en algunas materias se debe a que nadie participó para ese puesto en esos concursos.

Asimismo, de acuerdo con estudio de Leñero y Núñez, en promedio entre el año 2011-2015 las inscripciones para realizar exámenes de juez por materia, fueron los siguientes:

- Contencioso administrativo	80,6
- Agrario	20,2
- Penal	231,7
- Laboral	75,6
- Civil	65,5
- Familia	183

⁴⁹⁷ Ibidem.

- Genérico 276,4

En cuanto al nivel de aprobación en el mismo intervalo de años, los resultados fueron los siguientes de mayor aprobación a menor:

- Apelaciones penal juvenil 90%
- Contencioso administrativo de apelaciones 82%
- Penal de apelaciones 78%
- Agrario 72%
- Contencioso administrativo 68%
- Laboral 63%
- Penal 54%
- Civil 43%
- Familia 38%
- Genérico 12%

De acuerdo con el informe, entre enero de 2015 y abril 2016, solo tres de 148 personas contratadas para ser juez, eran personas que no habían laborado antes para el Poder Judicial. El 70% tenía más de diez años de experiencia dentro de la institución, incluso indica que a mayor nivel de juez, mayor cantidad de años los elegidos tenían dentro de la institución, es así que para los jueces tres y cuatro, los contratados en promedio ascienden a más de 15 años dentro del Poder Judicial.⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ Ibidem.

Esto también explica la descensión de elegibles egresados de la UCR en cuanto a los datos suministrados por el área administrativa de carrera judicial, es decir, así como se mencionó anteriormente, la cantidad de elegibles es poca por parte de la UCR, pero no tiene relación alguna con la calidad de los estudios de la carrera Derecho impartida en la Universidad pública, sino que resulta de un fenómeno de migración con respecto al mercado laboral. Para el egresado de la Universidad pública resulta más atractivo el ejercicio de la profesión en lo privado que como funcionario del Estado, al menos como parte del área de administración de justicia, por lo que ha disminuido su aplicación para la judicatura, y a pesar de esto tiene una representación mayoritaria en porcentaje, entre los elegibles de las materias más populares para aplicar.

Con respecto a la formación inicial de la judicatura, indica el informe que la recopilación y comparación de datos en esta sección de la investigación, los hallazgos son de carácter exploratorio, con el fin de determinar en qué medida la formación inicial que brindan las universidades en la carrera de Derecho es afín a las competencias que requiere el Poder Judicial, ya que para la judicatura se requiere como mínimo la licenciatura en Derecho.⁴⁹⁹

Las instituciones consideradas fueron la Universidad de Costa Rica (UCR), la Escuela Libre de Derecho (ELD), la Universidad Federada (UF), la Universidad de San José (USJ) y la Universidad Autónoma de Centroamérica (UACA), pues son las que han formado a la mayoría de los funcionarios judiciales que hoy ocupan los puestos analizados (PEN, 2015). Cabe señalar que los datos no se presentan en forma individualizada, pues este ejercicio debería ser validado y replicado con un panel de personas expertas, para poder hacer comparaciones entre centros de enseñanza superior. Por ahora el énfasis está en contrastar la

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

oferta académica en general con los perfiles de puestos por competencias del Poder Judicial.⁵⁰⁰

De acuerdo con los investigadores participantes en este estudio, la metodología consistió en comparar las competencias exigidas para el puesto de juez con los cursos impartidos en el programa de estudios de cada una de las universidades ya mencionadas, para identificar si se encuentran en los cursos o no, sin embargo, por el cambio de nombres a las asignaturas dependiendo de la universidad, además de la diferencia del nivel de desarrollo que se le da a los temas en cuestión en cada curso, indican los investigadores que fue una actividad investigativa con carácter exploratorio.⁵⁰¹

Entre los resultados de este estudio realizado por Leñero y Núñez, es importante rescatar que la mayoría de los fiscales y defensores del Poder Judicial cuentan al menos con una licenciatura en Derecho, mientras que un 47% de los jueces cuenta al menos con una maestría y el 3% un doctorado en Derecho.⁵⁰² Lo que aunado con la información curricular de los magistrados, sobre sus maestrías y doctorados como estudio de posgrado, se puede concluir que en la judicatura un 50% de los administradores de justicia tienen una formación por parte de la UCR, puesto que la mayor parte opta por, al menos en sus estudios de postgrado, añadirse a la institución pública para conocer el Derecho, adoptando así conocimientos orientados por el posicionamiento filosófico del Derecho en la UCR.

Al momento del estudio de Leñero y Nuñez, se identificó que alrededor de 27 universidades privadas y una pública imparten la carrera Derecho, pero de todas solo cuatro

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² Ibidem.

al 2016, estaban acreditadas por el SINAES, año en el que se realizó este estudio. Estas son la UCR, ULACIT, UACA y Universidad para la Paz.⁵⁰³

Asimismo se citó el estudio realizado por CONESUP en el 2013, sobre los programas de la carrera Derecho, en el que se tomó como promedio de créditos la cantidad asignada por la Universidad de Costa Rica a la carrera Derecho, los que son 142 créditos, y considerando como mínimo la cantidad de 120 créditos. Se encontró que la mitad de las universidades presentaba una cantidad inferior al promedio, llegan al mínimo y una de las universidades no cumplía ni el mínimo. El otro 50 % de las universidades estaba cerca del promedio y otras lo superaron.⁵⁰⁴

Por otro lado, se revisaron los porcentajes de aprobación de las pruebas técnicas y del Colegio de Abogados, datos que dieron resultados alarmantes, como que en el 2011 de 162 licenciados en Derecho, funcionarios del Poder Judicial que aplicaron al programa del Poder Judicial FIAJ⁵⁰⁵, ninguno aprobó para ingresar. Entre noviembre 2014 y 2015 el Colegio de Abogados realizó el examen de conocimientos básicos en Derecho, al que aplicaron 1126 personas, de las cuales el 30% obtuvo la nota mínima, que es 80, y los demás perdieron el examen, por lo que se declaró emergencia nacional en cuanto al estado de la enseñanza del Derecho, ya que Costa Rica, a nivel mundial, es el país con mayor cantidad de abogados por cada 100.000 habitantes, de acuerdo con estudio realizado por el centro de estudios de justicia de las américas en el año 2010.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Ibidem.

⁵⁰⁴ Ibidem.

⁵⁰⁵ Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura (FIAJ)

⁵⁰⁶ CONSEJO NACIONAL DE RECTORES (2017). Programa de Estado de la Nación, Segundo Informe Estado de la Justicia/PEN. Ibid.

Razón por la cual resulta de vital importancia la revisión de los programas de estudio de las universidades que imparten Derecho, ya que el Poder Judicial es uno de los empleadores de mayor importancia para los egresados de la carrera y aquellos que deciden iniciar los estudios respectivos, y si no es el contratista por excelencia, igual termina siendo una entidad con la que probablemente tendrán que interactuar en el ejercicio de la profesión en algún momento, por lo que compete al Estado, representado por el Poder Judicial, además por un tema de justicia, revisar y fiscalizar lo que está sucediendo con la enseñanza del Derecho, mediante el establecimiento de mecanismos de comunicación con las universidades, para reducir los vacíos identificados entre los perfiles de formación académica y los que se requieren para ingresar al Poder Judicial.⁵⁰⁷

Sobre este punto en específico, resulta interesante para esta investigación la preocupación del Estado sobre la enseñanza del Derecho, evidentemente porque tiene relación con la perpetuación del sistema adscrito políticamente, pero aún más importante, considera que debe fiscalizar y adentrarse en las universidades para verificar que se enseñe “correctamente” o que haya un plan de estudios adecuado a las necesidades del Estado, lo que evidencia una influencia fuerte por parte del Estado en cuanto a la adopción de una corriente filosófica del Derecho en Costa Rica, incluso inmiscuyéndose en la formación de planes de estudio, por lo que es entendible que en el año 2015 se concretice en la facultad de Derecho de la UCR la adopción formal de una corriente post positivista del Derecho, armoniosa con la corriente filosófica, que al menos en el “papel”, se logra ver que el Estado costarricense está adscrito.

⁵⁰⁷ *Ibidem.*

A partir de los resultados obtenidos en la investigación del CONESUP acerca de la carrera de Derecho impartida por las universidades privadas, en el año 2013, se identificó que los planes de estudio no contienen un enfoque curricular, no delimitan o exponen algún tipo de meta, visión y misión. Solo seis de 23 universidades analizadas, considerando que en total a esa fecha eran 26 universidades privadas que impartían Derecho; de estas, solo seis justificaban la carrera y solo nueve explicaban los objetivos de la carrera.⁵⁰⁸

Un factor analizado en este estudio fue el tiempo de estudio para obtener los grados universitarios, ya sea bachillerato o licenciatura, ambos eran plazos cortos de tiempo que no daban abasto para la inclusión de los conocimientos básicos del Derecho, y así permitieran asegurar una formación mínima para el ejercicio de la profesión.⁵⁰⁹

Ahora, considerando que la cantidad de aplicantes a la judicatura por parte de la universidad pública disminuye con el paso de los años, como se pudo ver reflejado en el cuadro 17, lo que indica que la judicatura en su mayoría está compuesta por egresados de estas universidades privadas, se puede concluir el porqué de la necesidad de la escuela judicial y la carrera judicial, por la falta de conocimientos básicos, lo que no elimina necesariamente que la facultad de Derecho también cuente con deficiencias en cuanto al plan de estudios, sin embargo, lo que se considera aquí es el componente humano en la judicatura y el estudio del CONESUP con respecto al plan de estudios de las universidades privadas que imparten Derecho.

Además, se entiende que haya una predominante tendencia formalista y normativista del Derecho en la judicatura, que si bien se quiere cambiar, los mismos magistrados muestran dificultad para entender fundamentos de la concepción del Derecho adscrita en la normativa,

⁵⁰⁸ *Ibidem.*

⁵⁰⁹ *Ibidem.*

ya que en la argumentación demuestran una dificultad para plasmar la decisión de manera coherente con la corriente filosófica a la que se adscribe Costa Rica, siendo esta un post positivismo o neo constitucionalismo, pero utilizan argumentos clásicos, lo que impide una consolidación del sistema post positivista cuyo fundamento es validar los derechos o valores supremos en la realidad jurídica, es decir no se cumple el post positivismo como fue visualizado desde Hart hasta Dworkin y Alexy.

Siguiendo con las universidades privadas y sus planes de estudio al 2013, en los casos en los que se definía un perfil profesional, este no era congruente con el contenido del plan de estudios, por lo que era lógico y evidente el incumplimiento del objetivo sobre el perfil profesional, esto sin considerar que la explicación del mismo, en los casos de las universidades que sí contaban con este aspecto explicado, este no era coherente, no se sabía cuáles eran los conocimientos y habilidades propias del profesional en Derecho.⁵¹⁰

Con esto se evidencia lo dicho anteriormente, no sirve de nada tener algo en el “papel” si en la realidad no se lleva a la práctica, y es que la mayor parte de las veces no se lleva a la práctica porque no se entiende o no estudia el fundamento o concepción del Derecho, en este caso en específico, el que se quiere adoptar por la universidad, esto eligiendo la posibilidad de desconocimiento, pero no se puede omitir la posibilidad, como mencionan los Crits de Estados Unidos, que no se quiera cambiar por el deseo de mantener un *status quo* del Derecho por medio del formalismo jurídico, manteniendo al pueblo en la oscuridad o cavernas.

El informe del Estado de la Justicia, también aportó datos del Colegio de Abogados, sobre el nuevo examen que evalúa conocimientos básicos del Derecho para poder incorporarse al colegio profesional, como medida de control, exactamente por la alerta que

⁵¹⁰ Ibidem.

había sobre la cantidad de abogados que se estaban formando y graduando a la fecha, por lo que en el 2014 se impone como requisito este examen y en agosto de 2015 se realiza por primera vez, momento en el que 116 aplicaron y de los mismos solo 14 aprobaron.⁵¹¹

Después de la primera aplicación del examen de conocimientos básicos por parte del Colegio Profesional, los resultados han sido fluctuantes, la cantidad de aplicantes ha aumentado pero no se aprecia el mismo fenómeno en cuanto a los aprobados. Al momento de realizar este estudio para el informe del Estado de la Justicia, los últimos resultados analizados fueron del año 2016, en el que en julio se obtuvo una aprobación de 50% y en el siguiente examen de ese mismo año solo hubo un 5% de aprobación, y en promedio el porcentaje de aprobación no supera el 27%, por lo que hay muchos licenciados en Derecho pero pocos con los conocimientos básicos.⁵¹²

Con respecto a los aprobados de este examen de conocimientos básicos impartido por el Colegio de Abogados, se encontró que la mayor cantidad de aprobados proviene de la Escuela Libre de Derecho y de la Universidad de Costa Rica, en contraste de las universidades Latina y la Cristiana del Sur, que cuentan con la mayor cantidad de aplicantes con el menor porcentaje de aprobación.⁵¹³

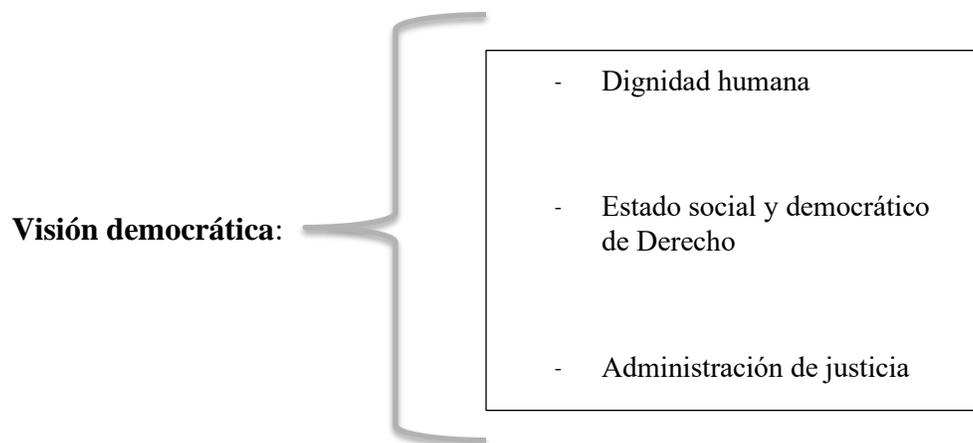
Por último, con respecto al área de la judicatura, los aplicantes a estas posiciones y su calidad formativa, el estudio de Leñero y Núñez para el Estado de la Justicia, indica que entre las competencias generales deseadas en un juez, de acuerdo con el Poder Judicial, son de gran importancia la independencia jurídica y la visión democrática, temáticas vastamente desarrolladas en los programas de estudio del Derecho en las universidades, de manera

⁵¹¹ Ibidem.

⁵¹² Ibidem.

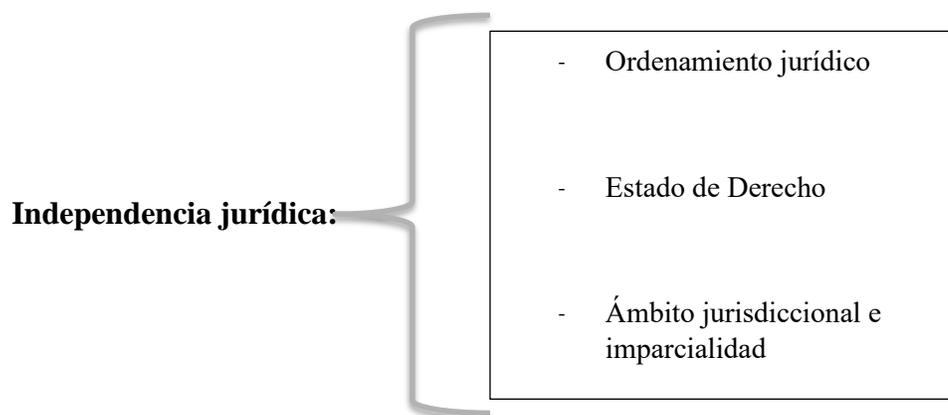
⁵¹³ Ibidem.

general; sin embargo, el estudio realiza un análisis profundo de las temáticas, diciendo que si se separan los descriptores de estas dos competencias generales en:⁵¹⁴



Cuadro 24. Fuente: Elaboración propia a partir de Programa de Estado de la Nación, Segundo Informe Estado de la Justicia/PEN

entonces se logra apreciar que la mayor parte de las universidades cubre relativamente el área de la administración de justicia, mas las dos primeras competencias se abandonan casi completamente. Fenómeno similar ocurre con la independencia jurídica:



Cuadro 25. Fuente: Elaboración propia a partir de Programa de Estado de la Nación, Segundo Informe Estado de la Justicia/PEN

⁵¹⁴ Ibidem.

Existe un desarrollo vasto en cuanto a la primera sub competencia; en lo que respecta al Estado de Derecho, baja el desarrollo temático, y es casi nulo el desarrollo de la última sub competencia, conocimiento sobre el ámbito jurisdiccional y la imparcialidad. Indican las investigadoras que la Universidad de Costa Rica es la única institución en la que se abarca la temática de manera completa, pero en un curso optativo, es decir, no son todos sus egresados los que cuentan con tal conocimiento, o eso es lo que aparenta manifestar el estudio.⁵¹⁵

Con respecto a los datos anteriores, se tiene por requisitos para los jueces, los principios fundamentales y valores supremos del Estado costarricense, la independencia jurídica y la visión democrática, que si bien pareciera lógico a primera vista, al parecer, de acuerdo con este estudio, las universidades no enseñan la subdivisión temática que conlleva estos principios fundamentales del Derecho costarricense, lo que deja a los aplicantes como incompetentes en su aplicación.

El informe documentó que si se divide el requisito general de visión democrática en tres sub temáticas, la enseñanza del Derecho costarricense contempla y considera relevante la enseñanza de la administración de justicia, uno de estos “sub temas”, pero no se da énfasis a la “dignidad humana” y qué es esto, un valor básico y fundamento del pensamiento político liberal, que pasó a ser un valor constitucional que debe ser tomado en cuenta para administrar justicia, pero que se ignora a la hora de enseñar Derecho.

De acuerdo con Leñero y Nuñez, tampoco se encontraron cursos o material en el curso que verse sobre el Estado social y democrático de Derecho, que viene siendo la estructura básica y las reglas iniciales del juego, con respecto al régimen político adoptado en Costa

⁵¹⁵ *Ibidem.*

Rica, que se esgrimen en sub principios supremos y básicos, como se mencionó anteriormente, fundamentales para la toma de decisiones siguiendo un razonamiento jurídico post positivista o neo constitucionalista.

Por otro lado, si se divide el “requisito” independencia jurídica, solamente se da énfasis al ordenamiento jurídico, luego al Estado de Derecho, pero no se enseña en su totalidad el ámbito jurisdiccional e imparcialidad. Como se indicó anteriormente, lo que se buscó fue cursos o material que versara sobre estas temáticas, sin embargo, el estudio de la jurisdicción y la imparcialidad, último como principio supremo del ejercicio jurisdiccional basado en el sistema democrático de división de poderes, teniendo así mismo por valor fundamental la separación de poderes, entonces sí se puede ver que al menos en la Universidad de Costa Rica se enseñe el tema, puesto que las investigadoras plasmaron en la investigación en mención, que solo esta universidad enseñaba esta temática pero en un curso optativo, lo que deja pensar que solo algunos alumnos que optan por llevar el curso llegan a comprender el tema de manera vasta.

Esto termina siendo un tema que conlleva más pensamiento filosófico, es decir, qué es la visión democrática y la independencia jurídica, si se piensa en el qué y en el fondo filosófico de los mismos, se encuentra el porqué de ser requisitos para la judicatura, y no solo eso, sino que se encuentran todos los supuestos “componentes” de los temas, no vistos de manera dogmática, sino como principios ideológicos delimitados en un momento histórico que dan como fundamento el hoy de la actividad jurisdiccional.

De acuerdo con el informe del Estado de la Justicia, se cuenta con las competencias o “requisitos” de humanismo y conciencia social, ética y transparencia, razonamiento crítico

y lógico; competencias que tienen un desarrollo mínimo en el programa de estudios de las carreras de Derecho en las universidades analizadas, mismas que son requisito para optar por la judicatura y que son abandonadas en la formación inicial, por lo que puede existir una relación entre el programa de estudios de las universidades que imparten Derecho y la escasa aprobación de los exámenes técnicos para optar por la judicatura.⁵¹⁶

La información anterior demuestra otra vez, la consolidación en el papel, de una corriente filosófica post positivista, es decir, a nivel de pensadores, legisladores y juristas en Costa Rica, se ha buscado de alguna forma cambiar a una “nueva” concepción del Derecho en Costa Rica, pero también se ha podido ver a lo largo de esta investigación, que se está en proceso y no se ha terminado de lograr un cambio completo; prueba de esto está en que según Leñero y Núñez, temáticas como humanismo y conciencia social, ética y transparencia, razonamiento crítico y lógico, no se tocan en la enseñanza del Derecho en Costa Rica, mismas que si bien en el informe se toman por meros y formales “requisitos”, son temas abordados en la axiología jurídica, la filosofía del Derecho, es decir, se pueden llegar a conocer en el estudio de la axiología jurídica y la filosofía, pero no solo así, sino también con la mera enseñanza a partir del post positivismo, haciendo ver al estudiante de Derecho que son valores supremos, si no se quiere adentrar al porqué de su instauración, pero simplemente no se toca el tema en las aulas.

Entonces, en la normativa se puede ver un intento de cambio a una nueva concepción del Derecho, pero si en la enseñanza se cuenta con profesores adeptos a un positivismo formalista y clásico, evidentemente no se va a incentivar en el estudiante llegar a conocer

⁵¹⁶ *Ibidem*.

sobre humanismo y sociedad (conciencia social), sobre ética y razonamiento lógico, puesto que ninguno contiene “artículos” o normas escritas, ninguno es un código simple de leer y memorizar. Con esto se quiere decir, que no solo se trata de requisitos, sino que es parte del Derecho políticamente adoptado en la actualidad, mismo que requiere del abogado, estudiar.

Por último se menciona las competencias de servicio de calidad y liderazgo, que tienen un escaso desarrollo en los programas de estudio y se identificó que solo una de todas las universidades cuenta con formación en estas competencias, aunque no se hace mención de cuál es.⁵¹⁷

En cuanto a competencias específicas, las universidades se preocupan por el desarrollo de capacidad cognitiva, inteligencia integradora, creatividad, objetividad, comunicación efectiva, capacidad para la dirección y toma de decisiones, pero no desarrollan capacidades como inteligencia emocional y trabajo en equipo.⁵¹⁸

El estudio de Leñero y Núñez termina manifestando que por los evidentes vacíos con los que se ha contado a través de la historia en la enseñanza del Derecho en Costa Rica, es que el Poder Judicial decidió crear la Escuela Judicial, misma que se especializa en formar y subsanar vacíos en la educación inicial de los abogados que desean ser parte de la Administración de Justicia en Costa Rica, para contar un perfil de juez lo más hegemónico posible.⁵¹⁹

Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, que el Estado quiera monopolizar la “enseñanza” del Derecho para contar con sus abogados hechos a la medida, es un tema que

⁵¹⁷ Ibidem.

⁵¹⁸ Ibidem.

⁵¹⁹ Ibidem.

genera dudas, puesto que se estaría ligando la ficción jurídica “Estado” con una rama del conocimiento “Derecho”, entonces se podría concluir que sin Estado no hay Derecho, sería limitar y hacer una regresión en cuanto a los avances en el pensamiento y conocimiento del Derecho, porque como ya se ha explicado en esta investigación, la discusión ha llevado a pensadores, filósofos del Derecho, juristas, a aceptar intersubjetivamente que el Derecho está compuesto por más que normas y más que sus instituciones, incluso puede haber Derecho en formaciones sociales pequeñas y no estatales.

Por otro lado, si se acepta una concepción del Derecho institucional, entonces podría considerarse que el Estado debe estar encargado de su enseñanza y es la única autoridad uniformadora de la carrera, o es el Derecho un conocimiento que puede ser abordado en academias libres cuyo fin solo es el conocimiento, es decir, hay un “qué” del Derecho o simplemente es herramienta del gobierno de paso. Todos estos cuestionamientos ya han sido abordados, hoy en día se mantiene vigente la concepción del Derecho más que Estado, más que institución, sino como rama del conocimiento social, por lo que el Estado es una institución social manifestación del Derecho.

CONCLUSIONES

Algunos pensarán que este estudio no brinda nada más que una crítica a la enseñanza del Derecho y a la administración de justicia, tal vez un tanto comercializadora de la universidad pública, pero el objetivo inicial y lo que movió este estudio fue identificar si el problema de la decadencia profesional, la crisis del gremio jurídico y de los abogados, estaba ligada a la academia de donde provenían, y si el plan de estudios era el punto débil de estos

recintos, incluso en algún momento se pensó en la responsabilidad civil del abogado en razón de su pobre conocimiento sobre el Derecho.

Todas estas preguntas, llevaron a respuestas inesperadas y para los que buscaban la responsabilidad civil del abogado por una eventual “mal praxis”, pues dichas respuestas no son alentadoras. La crítica solo fue resultado del conocimiento obtenido por medio de esta investigación, pero lamentablemente para algunos, para otros simplemente como motivo de alarde, las respuestas encontradas y conclusiones no se pueden invisibilizar.

Posterior a todos los cuestionamientos que abrieron paso a esta investigación, se llegó a consolidar una problemática origen o primaria, y es la que se propuso inicialmente resolver, para finalmente hacer las conclusiones o inferencias necesarias sobre el estado del Derecho en Costa Rica. La problemática fue delimitada a la Universidad de Costa Rica, tomada como ejemplo en cuanto a la función Universidad-Sociedad, la razón de esta limitación se encuentra en el tiempo con el que se contó y por la antigüedad de la institución, además de contar con la escuela de Derecho heredera de la Universidad Santo Tomás, primera en la enseñanza del Derecho en Costa Rica.

Entonces, la problemática versó sobre qué es y cómo se percibe el Derecho en la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, es decir, reconocer el posicionamiento de los docentes frente al Derecho y sus consideraciones filosóficas, estos son, (relativamente) los primeros en crear una concepción del Derecho en los futuros profesionales egresados de este centro de educación superior.

La hipótesis de la que se partió fue que la facultad de Derecho y sus docentes enseñan una concepción positivista del Derecho, es decir, son partidarios de la corriente filosófica

positivista del Derecho. Esto basado en valoraciones realizadas *a priori*, sobre los fines de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, como la enseñanza de elementos básicos para el ejercicio de la abogacía, la obtención de un título, la aprobación del examen de “excelencia” que realiza el Colegio de Abogadas (os), y la competencia con respecto a otros recintos de enseñanza privada.

Para la resolución de esta problemática y la verificación de la hipótesis, fue necesario determinar si efectivamente las corrientes filosóficas del Derecho, desarrolladas a través de la historia mundial, han tenido efectos en la sociedad en la que se aplicaron sus métodos y pensamiento o concepción del Derecho. Posteriormente, identificar el posicionamiento filosófico de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica por medio del estudio de su marco estructural administrativo y el pensamiento del sector docente. Y por último, demostrar la relación facultad de Derecho (Universidad de Costa Rica)-Sociedad, con base en el análisis del sector de administración de justicia del país.

En medio de la elaboración de esta investigación, se encontraron varios obstáculos, entre ellos la credibilidad de la temática, algunos docentes de la facultad de Derecho expresaron su desaprobación en razón de que no consideraban que la corriente filosófica del Derecho tuviese influencia en la metodología de enseñanza del Derecho, puesto que para ellos era un tema de epistemología y no de corriente filosófica del Derecho, lo que si bien al inicio tuvo un efecto emocional importante, lo que primero fue una desmotivación, se convirtió en una tutoría, aunque tal vez la persona no quiso brindar tal tutoría, pero sirvió para pensar en la consolidación de la investigación. Además de que es una respuesta que se puede analizar a la luz del conocimiento obtenido en esta investigación, es decir, el rechazo *ad portas* de la temática y problemática de investigación, evidencia un posicionamiento

filosófico arraigado sobre lo que esta persona concibe como Derecho, una ciencia con cierta metodología especializada, objetiva, teórica y pura.

Otra dificultad fue la inmersión en técnicas de estudio no enseñadas en la carrera de Derecho, técnicas de análisis de contenido, el uso de herramientas facilitadoras de este proceso como lo es *atlas.ti*, el cual se hubiera utilizado en toda la investigación si se hubiera tenido conocimiento del mismo, lo que hubiera acelerado el proceso de elaboración de esta investigación y simplificado la recolección de datos, pero que igualmente no se puede dejar de agradecer el acompañamiento del director de esta tesis, quien mostró la existencia de dicha herramienta, y facilitó el término de recopilación de datos de esta investigación.

La recopilación de datos en varios momentos de la investigación se complicó, ya que en algunos casos no existía la información recopilada y sistematizada, esto se vio en el Poder Judicial con respecto a datos de juezas y jueces de la República. Datos que tampoco se encontraron en el Estado de la Justicia, lo que evidencia la necesidad de elaboración de estudios de este tipo, que brinden transparencia en la Administración de Justicia.

Asimismo, la amplitud del tema y la curiosidad investigativa formuló muchas más problemáticas con el desarrollo de la investigación, que lograron probar que el tema no está obsoleto, no es simple historia del Derecho, sino que tiene interés actual y real, por lo que no se descarta la posibilidad de la continuación de esta investigación, con un abordaje total de la población docente e incluso con el estudio de la población estudiantil.

Finalmente, una de las mayores dificultades acaecidas fue la falta de interés por parte de los profesores, (esto sin mencionar la pandemia del SARS-CoV-2) con respecto al tema investigativo y colaborativo en esta área, dejando una vez más la impresión de un abogado

técnico, aplicador del Derecho, más que creador y amante al conocimiento. Aunque para ser transparentes, las razones dadas para no ser partícipe de la investigación, específicamente el instrumento de encuesta utilizado, fue la carga laboral, agendas llenas, y se enfrentó en su momento a una muy sincera respuesta: “eso no es una encuesta, ¡es un examen!”. Lo que si bien no fue la respuesta esperada a ninguna de las tres preguntas que formaban parte de la encuesta, sí es útil para un análisis.

Si la encuesta constaba de tres preguntas, una sobre temas generales del Derecho, lo que llaman “conocimiento general”, otra sobre una simple opinión acerca de un tema no regulado al momento de realización de la encuesta, y por último, una pregunta sobre un caso cotidiano de familia. Y a esto se hace referencia como un examen, podría decirse que este profesional está alejado de temas generales del Derecho, temas primarios que deberían tenerse presente en cada momento en el actuar y ejercicio jurídico, y es posible que este profesional vive en la básica “aplicación de la norma”. O simplemente por no querer responder, dio una respuesta que creyó no tendría contenido, aunque siempre respondió.

Ahora, a partir de esta investigación se pueden hacer varias conclusiones, así como respuestas a los incrédulos sobre la temática. Primeramente, la necesidad de hablar de filosofía del Derecho, cuando se habla de enseñanza del Derecho, es decir, la relación necesaria entre filosofía del Derecho y métodos del Derecho, y para dejarlo más claro, la relación entre filosofía y epistemología.

Debido a que la epistemología es una “ramificación” de la filosofía o filosofía aplicada en una problemática específica: “el método”, como explicó Jaramillo Echeverri. De ahí que pensar en una separación estricta de la epistemología y la corriente filosófica que

fundamenta un área del conocimiento humano, sería tomar partido de una concepción epistemológica determinada, mejor dicho, una concepción positivista de la epistemología, lo que se vio con Aldana de Becerra, quien además manifestó la necesidad de cambiar la concepción del docente sobre su asignatura, puesto que solo cambiando las ideas se puede modificar de manera sustantiva la práctica y obtener resultados cualitativamente diferentes.

Segundo, la relación necesaria entre corriente filosófica del Derecho, como posicionamiento frente al Derecho, y el ejercicio del Derecho por parte de los sujetos inmersos en relaciones sociales estructurales. Es decir, de acuerdo con el Derecho aprendido en la Universidad o centro de educación superior, así será el actuar y comprensión de Derecho-Sociedad. Esto se pudo apreciar al examinar la íntima relación entre la forma de aprendizaje del Derecho, la concepción del Derecho, en la época de auge positivista, con respecto a las vivencias sociales del momento, un ejemplo se aprecia con la necesidad de los grupos económicos insurgentes, además de la comunidad científica, que en medio de su expansionismo tuvo que “tocar los corazones” de todos, incluso los juristas, para así aliarse y cambiar la forma en la que se estaba aplicando el Derecho.

De esta manera se formaron juristas ignorantes de la realidad social, económica y política, puesto que su único trabajo era aplicar “el Código”, juristas sin ninguna sensación de responsabilidad respecto de su actuar, ya que era un simple aplicador de la ley y con un anhelo implacable de objetividad, característica que lo haría verse como un “científico del Derecho”. Lo que con el tiempo identificaron que los volvía esclavos también, solo que en este caso de “la Ley”.

Por otro lado, también se observaron algunas de las implicaciones sociales que tiene un actuar fundado en un pensamiento realista, como la búsqueda de subsanar los daños que generó la aplicación formalista del Derecho por medio de un cambio en el pensamiento de los jueces, para que integraran las normas con la vida en sociedad real, a partir del análisis de valores morales y políticos vigentes. Además de la identificación en este momento del siglo XX, de la función de los jueces como sujetos encubridores de intereses políticos, promoviendo un status quo, pervirtiendo el orden en función de sistemas totalitarios.

Tercero, se logró realizar un primer análisis de la corriente filosófica que predomina en esta institución, aunque la muestra recopilada es meramente representativa y no determina una tendencia general, sirve para continuar este tipo de investigación que toma en cuenta la población docente y busca evaluar la perspectiva de los mismos, para que así tenga efecto en la educación de nuevos profesionales. De acuerdo con la muestra obtenida por parte de los directores de cátedra, hay una tendencia al positivismo jurídico lo que no es de extrañar, ya que coincide con la filosofía que plantea la facultad de Derecho por parte de su lado administración, es decir, su agenda política.

Cuarto, la corriente filosófica a la que se suscribe el país y la administración de justicia es una neopositivista, esto no solo en su marco normativo, en el que se establecen de manera estricta los principios constitucionales a los cuales los jueces estarán sometidos para resolver y juzgar, sino también en las políticas internas del Poder Judicial, velando por una constante formación basada en los principios constitucionales.

Se logró observar como en el marco normativo costarricense no se contempla un juez humano y por ende político, sino un simple interprete de leyes conforme con valores

constitucionales, un juez racional y no pasional, que por medio de la lógica aplica normas, comprometido con la coherencia del ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Poder Judicial delimita el conocimiento que debe tener el juez, delimita la corriente filosófica que requiere del administrador de justicia, siendo un positivista jurídico moderno, es decir, un neopositivista, con conocimiento “básico” del ordenamiento jurídico y de las instituciones del Estado.

Por parte de los administradores de justicia en su ejercicio real, más allá de lo que “el papel” les manda que deben hacer, las magistradas y magistrados de la República tienen un pensamiento tendiente a un positivismo clásico en desarrollo, buscando flexibilizarse a un positivismo neoconstitucional, pero que se encuentra entre estas dos corrientes, en el que se consideran a sí mismos como aplicadores lógicos del ordenamiento jurídico, como científicos del Derecho, totalmente ajenos a la realidad social que juzgan.

Esta conclusión se obtuvo a partir del análisis de contenido realizado a resoluciones de las salas de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, en el mejor de los casos abandonan el formalismo exegético para considerar valores constitucionales, que aplican como si fuera una fórmula matemática, mistificando el discurso en sus resoluciones, utilizando estos valores y principios como si fueran conjuros/hechizos. Algunas veces se logró observar la incorporación de una argumentación basada en la sociología jurídica, pero que terminaban inclinándose al neoconstitucionalismo nuevamente. Por otro lado, también se logró percibir un desconocimiento casi generalizado en la Corte de las corrientes filosóficas del Derecho.

Quinto, se concluye que la representación de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en el área de administración de justicia es mínima, por la escases

de datos recopilados en la misma administración, no se podría decir desde hace cuánto tiempo los números reflejan una minoría con respecto a egresados de la facultad de Derecho de la UCR en la judicatura, pero sí se logró determinar que en lo que respecta a la actualidad, la influencia de la corriente filosófica del Derecho que hay en esta institución es mínima, pero no se puede afirmar esto en sentido inverso. Esta investigación, si bien exploratoria, arroja resultados que no se pueden ocultar, como la influencia de la corriente filosófica del Derecho predominante en el Estado, en la facultad de Derecho y la Universidad de Costa Rica.

Asimismo, se concluye que es necesario fomentar este tipo de estudios que serían útiles como referente interno en la facultad de Derecho, pero también para el Estado, ya que sale a relucir la falta de datos cuantitativos y cualitativos de judicatura, y de los egresados de la facultad de Derecho. Es necesario identificar los mercados laborales más atractivos para los profesionales que se gradúan en esta institución, ya que si bien se encontró el dato de los que aprueban los exámenes de judicatura, no se encontró el dato de la cantidad de aplicantes que se registraron para realizar el examen, entonces podría pensarse que simplemente los egresados de esta institución no aplican, pero eso sería una conjetura, porque no hay datos recopilados reales que muestren indicadores.

Por último, se dejó en manifiesto el gran programa de enseñanza del Derecho en Costa Rica por parte del Estado, y la consolidación del mismo, la búsqueda preferible de un técnico del Derecho que de un estudioso del Derecho o “jurista”, lo que se demuestra al ver cómo la mayor parte del Poder Judicial y la administración de justicia está compuesta por profesionales educados a lo interno de esta institución, compuesto por contrataciones internas en su mayoría.

Lo que podría encender alertas de un retroceso en cuanto al Derecho en Costa Rica, como se demostró en esta investigación, los resultados de una monopolización por parte del Estado de conceptos jurídicos no da buenos resultados, al menos respecto a los individuos privados y minorías, respecto a aquellos sectores con menor poder social, político y económico. Esto abre las puertas a seguir pensando la enseñanza del Derecho.

Otra conclusión en esta misma línea argumentativa, sería que el Estado busca un conocimiento “básico” del Derecho, y ¿qué es básico en el Derecho? lo dispuesto por el Estado costarricense, a partir de todo el entramado de normativa, se educa a partir de una concepción positivista del Derecho, manteniendo un status quo por medio de sus herramientas coactivas y coercitivas. Entonces, se deja por fuera todo jurista que tenga una concepción distinta del Derecho, penalizando por diferentes medios aquellos con un pensamiento distinto, es uno de los primeros medios de penalización y adiestramiento, el examen de “excelencia” del Colegio de Abogados, un examen conceptual que busca de manera clásica un abogado memorístico y aplicador de la norma.

Por lo que el tema de eterna discusión, no solo en esta Universidad sino fuera, en todo Costa Rica, sobre la necesidad de una calidad en la enseñanza del Derecho para asegurar una calidad en el ejercicio del Derecho, termina sin resolverse, ya que si bien se implementan medidas y métodos distintos en los centros de estudio de educación superior e inclusive dentro del Poder Judicial, si la concepción del Derecho no cambia, sin importar el cambio de la metodología el resultado será el mismo, así como ya ha sido explicado por la epistemología postmoderna.

Un hallazgo inesperado de esta investigación, fue el percatarse cómo el pensamiento y razonamiento positivista estaba internalizado incluso en la investigadora a partir de la educación recibida en esta facultad, lo que se puede apreciar en la transición de ideas iniciales hasta las conclusiones, un ejemplo sería la tendencia a buscar mostrar objetividad en esta investigación. Asimismo, otro hallazgo inesperado fue observar cómo por medio del discurso positivista, en Costa Rica se hace una relación directa entre Estado y Derecho, es decir, “sin Estado no hay Derecho”, es un elemento necesario para la existencia del Derecho, esto en contra de los relativamente nuevos estudios del Derecho, que muestran la posibilidad de un Derecho sin Estado.

Finalmente, si bien no se puede afirmar que la corriente filosófica predominante en la enseñanza del Derecho de la facultad de Derecho sea un positivismo jurídico, se muestra un porcentaje significativo aunque solo representativo, de la tendencia filosófica docente de esta institución de educación superior, que da pie a un cuestionamiento más profundo sobre el tema, el tema real, el pensamiento docente y no solo el papel y el ideal escrito de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

BIBLIOGRAFÍA

Acreditación de carreras y programas una forma de mejoramiento permanente de la enseñanza superior universitaria. (1999). CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp. 21-105. Costa Rica.

- AGUILÓ REGLA, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, n°30, pp. 665-675, Universidad de Alicante, España.
- ALDANA DE BECERRA, G.M. (2008). Enseñanza de la investigación y epistemología de los docentes. EDUCACIÓN Y EDUCADORES, V. 11, N° 2, pp.: 61-68. Colombia.
- ALEXY, R. SIECKMANN, J.R. CHIASSONI, P. BERTEA, S. BÄCKER, C. CLÉRICO, L. GARCÍA FIGUEROA, A. (2011). La Doble dimensión del Derecho, Autoridad y Razón en la obra de Robert Alexy. Palestra Editores SAC. Lima, Perú.
- ALEXY, R. (2004). The nature of legal philosophy. RATIO JURIS, vol.17, n°2, pp.: 156-167. Blackwell publishing Ltd. Inglaterra.
- ALPIZAR MATAMOROS, Vilma. Virginia Marten Pages: la primera abogada de la universidad de costa rica. *Revista Estudios*, vol. 24, Universidad de Costa Rica, 2011. Costa Rica.
- ALVAREZ HERNANDEZ, Frank. La autonomía municipal costarricense: ¿participativa y representativa? *Revista Judicial*, n°94, diciembre 2009. Costa Rica.
- ANTILLON, W. (1999). Como mejorar la calidad de la enseñanza del Derecho. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp.: 42-47. Costa Rica.
- ARIAS CASTRO, Tomás F. El delito de duelo en costa rica (análisis histórico-jurídico). *Revista Judicial*, n°101, setiembre 2011. Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (1949).

Constitución Política. Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2002). LEY DEL

SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

(SINAES). Diario oficial la Gaceta, No. 94. Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (1973). Estatuto de

Servicio Judicial, n°5155. Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (1981). Ley de

Creación de la Escuela Judicial, n° 6593. Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (1993). Ley

Orgánica del Poder Judicial, n° 7333. Costa Rica.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. (1993). Ley de

Carrera Judicial, n°7338. Costa Rica.

BJARUP, J. (Marzo, 2005). *The Philosophy Of Scandinavian Legal Realism*. Ratio juris. Vol.

18, N. 1. Blackwell Publishing, pp. 1-15. Inglaterra.

BOBBIO, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. Editorial universitaria de Buenos

Aires. México.

BODENHEIMER, E. (1942). Positivismo analítico. JURISPRUDENCE (TEORÍA DEL

DERECHO). Fondo de Cultura Económica, pp.: 309-339. México.

CAICEDO, J.P. (2009). El imperio de la interpretación: aportes de la teoría literaria contemporánea y la interpretación del Derecho como integridad de Ronald Dworkin, pp.: 275-283. Universidad de los Andes, Colombia.

CARBONELL SAENZ, J. F. (2012). Elementos de historia del derecho. 1° ed, editorial ISOLMA, Costa Rica.

CASASOLA, W. (2013). *El consentimiento informado desde un punto de vista ético*. Semanario Universidad, Universidad de Costa Rica. Visto en: <https://semanariouniversidad.com/opinion/el-consentimiento-informado-desde-un-punto-de-vista-tico/>

CHAVES CORRALES, Pedro B. Libro electrónico. *Revista de ciencias jurídicas*, n°118, enero-abril 2009. Costa Rica.

COLEGIO DE ABOGADAS Y ABOGADOS DE COSTA RICA. (2018). Examen de Excelencia Académica. Costa Rica. Visto en: <http://www.campusvirtualabogados.cr/wp-content/uploads/2018/08/Informe-Julio-2018.pdf>

CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (1940). LEY ORGÁNICA DE LA UNIVERISIDAD DE COSTA RICA. Costa Rica.

CONSEJO NACIONAL DE RECTORES (2017). Programa de Estado de la Nación, Segundo Informe Estado de la Justicia/PEN. 2 ed, San José, Costa Rica.

CONSEJO UNIVERSITARIO, (1974). ESTATUTO ORGÁNICO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA. Costa Rica.

CORREA MONTOYA, L. FERGUSSON TALERO, A. M. MOLINA SALDARRIAGA, C. VÁSQUEZ SANTAMARÍA, J. (S.F.) LA ENSEÑANZA CLÍNICA DEL

- DERECHO. Fundación Universitaria Luis Amigó, Fundación Universitaria Tecnológico COMFENALCO. Colombia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1997). Resolución 00081-1997, Sala Primera de la Corte. Costa Rica.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2000). Resolución 00359-2000, Sala Primera de la Corte. Costa Rica.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1995). Resolución número 00013-1995, Sala Segunda. Costa Rica.
- CUNEO MACHIAVELLO, A. (1975). Cómo enseñar. El problema de los métodos en la enseñanza jurídica. II CONFERENCIA SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perugraph editores s.a. pp.:135-163. Perú.
- DYZENHAUS, D. (2004). The Genealogy of Legal Positivism. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, N° 1, pp. 39-67. Inglaterra.
- ESQUIVEL SALAS, H. Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Descargado en: https://derecho.ucr.ac.cr/sites/default/files/documents/HISTORIA_FACULTAD.pdf.
- ESTRADA NAVAS, Carlos Manuel. Pericia balística en sede penal. *Revista Judicial*, n°93, setiembre 2009. Costa Rica.
- FACULTAD DE DERECHO. (2013). PLAN ESPECIAL DE MEJORAS. Universidad de Costa Rica.
- FARRELL, I.P. (2006). H.L.A. Hart and the methodology of jurisprudence. Texas Law Review, vol. 84, pp.: 983-1011 (995). ProQuest Central. Estados Unidos.

- FUCITO, F. (1995). EL PERFIL DEL ESTUDIANTE DE DERECHO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA PLATA. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, Instituto de Cultura Jurídica, pp.: 39-52. Argentina.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (setiembre, 1967). En torno de la teoría de alf ross. Revista hispanoamericana de filosofía. V.1, N. 3. Instituto de investigaciones filosóficas, universidad nacional autónoma de México. Pp. 3-4. Mexico.
- GARNIER VEGA, M. A. (1999). La enseñanza del Derecho. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp. Costa Rica.
- GOMEZ SANCHEZ, G. I. (2016). *¿Abogados para la democracia o para el mercado?: repensar la educación jurídica*. Revista de Derecho, N° 46, Pp.: 225-256. Universidad del Norte, Colombia.
- HABA MÜLLER, E. P. (1934). Axiología Jurídica Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico. 3° ed. Editorial UCR. San José, Costa Rica.
- HABA MÜLLER, E.P. (2007). Métodos para la Investigación jurídica: ¡un cuentito más! ESTUDIOS DE DERECHO, Vol. LXV, N°145, pp.:127-160. Universidad de Antioquía, Colombia.
- HALPÉRIN, J. L. (2003). Exegesis (School). Traducido por: Andrés Botero. Revista de Derecho. N° 48, pp. 268-271. Colombia.

- HERVADA, J. (setiembre-diciembre, 1989). *La enseñanza del Derecho Natural y del Derecho canónico en las facultades de Derecho*. Revista Chilena de Derecho, vol.16, no. 3, pp. 565-576. Chile.
- IMANA, C. (2010-2011). *Hans Kelsen's Legal Positivism and International Law*. LINCOLN LAW REVIEW, vol. 38, pp. 41-85. California, Estados Unidos.
- JARAMILLO ECHEVERRI, L.G. (2003). ¿Qué es la epistemología? Cinta de Moebio, n°18. Red AL y C, la hemeroteca científica en línea. Chile.
- KILCULLEN, R.J. (2011). *Natural Law*. Encyclopedia of Medieval Philosophy. Springer, Dordrecht, pp.: 831-838. Canada.
- KLATT, M. (2012). Robert Alexy's Philosophy of law as System. INSTITUTIONALIZED REASON, pp.: 1-26. Oxford University Press. Inglaterra.
- LOPEZ GONZÁLEZ, Jorge (s.f). Apelación diferida. Costa Rica.
- LOPEZ GUTIERREZ, W. (2001). Sobre el objeto de los estudios jurídicos: discusión preliminar. Convergencia, Revista de ciencias sociales, pp. 61-77. Universidad autónoma del estado de México.
- MANELI, M. (1982). Bentham's juridical positivism and rhetoric. Revue internationale de philosophie, v.36, n.141, pp.444-445. Nueva York, Estados Unidos.
- MARTINEZ DORAL, J.M. (1990). Sociólogos, juristas, filósofos. apuntes para una metodología de la ciencia del Derecho. REVISTA CHILENA DE DERECHO, vol. 17, n° 3, pp.: 509-533. Chile.
- MEJÍA QUINTENA, O. (2016). *La tensión epistemológica entre la Filosofía del Derecho y la teoría jurídica. Hacia una teoría crítica del Derecho*. Revista Filosofía UIS, vol. 15, n°1, pp.:107-136. Colombia.

- MEZA LAZARUS, Alvaro. Consideraciones acerca de los Agronegocios. *Revista judicial*, n°99, marzo 2011. Costa Rica.
- MINDA, G. (1995). Critical Legal Studies. POSTMODERN LEGAL MOVEMENTS. LAW AND JURISPRUDENCE AT CENTUY'S END. NYU Press, pp.: 106-127. Estados Unidos.
- MIRANDA BONILLA, Haideer. El acceso a internet como derecho fundamental. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, n°15, 2016. (lugar desconocido).
- MORENO BUJAN, Marcela. Análisis de los conceptos de reconstrucción, resolución y reconciliación desde los postulados de la Escuela TRANSCEND de investigación para la paz. *Revista latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27(1), I semestre 2016. Argentina.
- MUÑOZ MUÑOZ, Marcela. Un centro cívico o el requiem del patrimonio urbano costarricense. *Revistarquis*, vol. 6, n° 1, 2017. Costa Rica.
- NAVARRO MARTINEZ, J.A. (2009) ¿PARA QUÉ ESTUDIAMOS DERECHO? CRÍTICA DESDE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- NÚÑEZ LEIVA, J.I. (2014). El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constituconalismo contemporáneo. *REVISTA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE*, N°42, pp.: 145-185. Colombia.
- OBANDO PENRALTA, J.J. (1999). La problemática de la enseñanza del Derecho en Costa Rica. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y

- ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp. Costa Rica.
- OETKEN, J.P. (1991). Form and substance in Critical Legal Studies. THE YALE LAW JOURNAL, vol. 100, n° 7, pp.: 2209-2228. Estados Unidos.
- ORDOÑEZ CHACÓN, Jaime (2012). Transparencia administrativa y el acceso a la información. MEMORIA- XXIV Congreso archivístico nacional, Archivo nacional de Costa Rica.
- ORREGO S, C. (Enero-Abril 1995). El valor científico del positivismo jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart. Revista Chilena de Derecho. V.22, N°1, pp. 23-40. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- PALOMINO, T. (1999). Perfil del abogado en el tercer milenio. CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp.: 99-105. Costa Rica.
- PASARA, L. (1975). ¿Qué enseñar? II CONFERENCIA SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perugraph editores S.A. pp.:69-77. Perú.
- PEREZ PERDOMO, R. (1975). Cómo facilitar el aprendizaje sobre los métodos de la educación jurídica en cuadro interdisciplinario. II CONFERENCIA SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perugraph editores s.a. pp.:165-179. Perú.
- PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). La rebelión contra el formalismo jurídico: doctrinas institucionalistas, realistas y sociológicas. TRAYECTORIAS

- CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO (5ta ed.), pp.: 23-29. Editorial Tébar Flores. España.
- PEREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. (2009). El debate sobre la imagen y la formación del jurista: las teorías críticas del Derecho. TRAYECTORIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO (5ta ed.), pp.: 51-56. Editorial Tébar Flores. España.
- PODER JUDICIAL. *Historia, organización y funcionamiento*. Visto en: <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/informacion-institucional/historia-organizacion-y-funcionamiento>
- RECASÉNS-SICHES, L. (Febrero, 1936). *Los interrogantes filosóficos del Derecho. Misión de una auténtica filosofía del Derecho*. Archiv für Rechts-und sozialphilosophie. Vol.29, No. 2, Pp. 288-291. España.
- RECASENS SICHES, L. (2010). Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Mexico.
- RODRIGUEZ PUERTO, M. (2014) ¿un capítulo del triunfo del Estado? el primer positivismo jurídico alemán y la centralización del Derecho. *Persona y Derecho*, vol. 70, pp. 115-146. Universidad de Cádiz, España.
- RUIZ RODRÍGUEZ, V. (2009). FILOSOFÍA DEL DERECHO. Reflexiones sobre Derecho Electoral. Instituto electoral del Estado de México, 1º ed. México.
- SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1995). Voto: 00013-1995. Costa Rica.
- SANTIAGO NINO, C. (1981). *Los conceptos de derecho*. Revista hispanoamericana de filosofía, vol. 13, no. 38. Universidad Nacional Autónoma de México. Pp.29-52.

SASTRE ARIZA, S. (1999). *Ciencia jurídica positivista y Neoconstitucionalismo*. McGraw Hill/Interamericana de España, S. A. U. Madrid, España.

SENDRA MOLL, J. (2015) *La concepción del Derecho como Integridad: Ronald Dworkin*. *Ciencia Jurídica*, número 8, pp.117-136. Universidad de Guanajuato, México.

SHINER, R. (2015) “Dworkin, Ronald M (1931-2013)”. In *Cambridge Dictionary of Philosophy*, edited by Robert Audi. 3ra ed. Cambridge University Press. Inglaterra.
http://ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/login?url=https%3A%2F%2Fsearch.credoreference.com%2Fcontent%2Fentry%2Fcupdphil%2Fdworkin_ronald_m_1931_2013%2F0%3FinstitutionId%3D7919.

SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE EDUCACIÓN SUPERIOR (2009). *MANUAL DE ACREDITACIÓN OFICIAL DE CARRERAS DE GRADO DEL SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR*. Costa Rica.

SISTEMA NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. Visto en: <https://www.sinaes.ac.cr/index.php/home/sobre-sinaes>

SMITH, D. (2007). *Dworkin’s Theory of Law*. *Philosophy Compass* 2/2. Monash University. Blackwell Publishing Ltd. Australia.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio. *El deslinde competencial entre el tribunal supremo de elecciones y la sala constitucional: una historia inconclusa en cuatro capítulos*. *Revisa Derecho Electoral*, n°12, segundo semestre 2011. Costa Rica.

SOLÍS FALLAS, Alex. (2014). *CRÍTICA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO*. 1° ed. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica.

STEWART, I. (1990). *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*. *Journal of Law and Society*, vol. 17, n°3, pp.: 273-308 (273). Wiley, Cardiff University. Inglaterra.

TRAZEGNIES, F. (1975). La enseñanza del Derecho como actividad subversiva. II CONFERENCIA SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perugraph editores s.a. pp.:47-68.

TUSHNET, M. (1991). Critical legal studies: a political history. THE YALE LAW JOURNAL, vol. 100, n° 5, pp.: 1515-1544. Estados Unidos.

VAZQUEZ, R. (2008). *Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho*. Revista sobre enseñanza del Derecho. No. 12, pp. 221-237.

Una posible solución. (1999). CONGRESO CENTROAMERICANO Y DEL CARIBE SOBRE LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO, EL PAPEL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DESARROLLO SOCIAL, POLÍTICO Y ECONÓMICO DE NUESTROS PAÍSES. Colegio de abogados de Costa Rica, pp.: 34-37. Costa Rica.

REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI. DISCURSOS Y HOMENAJES. (2012). Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis S.A. pp.: 37-42. Colombia.

<https://www.ucr.ac.cr/noticias/2015/06/23/carrera-de-derecho-de-la-ucr-obtiene-la-acreditacion.html>

<https://www.ucr.ac.cr/noticias/2018/06/11/universidad-de-costa-rica-se-ubica-entre-las-20-mejores-universidades-de-america-latina-para-el-2019.html>

<https://www.ucr.ac.cr/noticias/2018/09/26/la-ucr-mejora-su-ubicacion-en-el-ranking-mundial-de-excelencia-en-universidades.html>

<https://www.ucr.ac.cr/acerca-u/marco-estrategico/proposito.html>

<https://www.ucr.ac.cr/acerca-u/marco-estrategico/aspiracion.html>

<https://derecho.ucr.ac.cr/>

<https://derecho.ucr.ac.cr/mision-y-vision>