

**DISCURSO ACADÉMICO PRONUNCIADO POR
EL LICENCIADO JORGE ENRIQUE GUIER, EL
1º DE MARZO DE 1971 CON MOTIVO DE
LA APERTURA DE CLASES EN LA FACULTAD
DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

El estudio y aprendizaje del derecho —como es de todos sabido—, funde en sus entrañas una trilogía de situaciones indisolubles, que si en sus proporciones tripartitas se desbalancearan, resultaría un perjuicio para la formación del abogado.

La primera de ellas —pero no en importancia porque todas la tienen igual— es puramente el conocimiento de la doctrina jurídica, el estudio de la ley y la labor continua de la jurisprudencia; la segunda es la práctica ante estrados de esas enseñanzas, o sea el trabajo del abogado en la aplicación al caso concreto y en debate de sus conocimientos teóricos. Finalmente, la labor de investigación, el conocimiento de la ley en sus propias fuentes, las circunstancias que le dieron origen, las interpretaciones que ha sufrido por los tribunales en diversas épocas, el ambiente histórico en que apareció, sería el tercer punto de la trilogía, y de este punto hacia adelante podría llegarse hasta la contestación de la pregunta fundamental de por qué se dio tal ley o norma jurídica en tal situación histórica particular.

Si el estudio de la ley, de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia toma un ámbito exagerado, como producto tendremos al letrado dogmático, fundamentalmente doctrinal, desapegado a la práctica de su profesión y del ambiente histórico en que el derecho apareció. Es aquel abogado que tiene como idea directriz de su pensamiento —errónea en su totalidad— que el derecho es un producto ahistórico, un combinado intelectual nacido en la probeta de un estudio, como la elucubración del genio jurídico; si acaso sucediera que el descomedimiento en la enseñanza del derecho se fuera por el lado de la práctica, con abandono de la doctrina y la jurisprudencia, poniendo solamente los ojos en esa desnuda práctica del derecho, tomando en cuenta lo que dice la ley y nada más allá de ella, caeremos, si es con suerte, en que se nos llame como a aquellos tratadistas de mediados del siglo pasado en España, los todavía fructíferos “prácticos”, pero si no tenemos genio para tal cosa, lo cual es lugar común, vendremos a caer en pecado bastante grave, o sea, el que se nos considere simplemente “codigueros”. Pero también el pecado de exceso puede darse en cuanto

a la tercera condición de la enseñanza del derecho: la investigación. Esta es tarea tan apasionante que puede desviarnos, si enfocamos el problema desde la pura profesión de abogado litigante o tratadista, hacia los planos de la historia, y todavía podríamos llegar mucho más allá si quisiéramos hacernos preguntas hondas en cuanto al por qué y la razón de ser del derecho, desembocaríamos, sin mayor problema, en el sendero de la filosofía del derecho o de la filosofía de la historia.

El justo balance de las tres situaciones crea el jurista, pero hoy, permítaseme enfocar únicamente la última de ellas: ámbito de la investigación en la enseñanza del derecho, referida a la historia del derecho costarricense.

La vida del abogado no se desarrolla siempre dentro de la investigación tranquila, sosegada, científica del erudito o del historiador, sino la combativa para planear una batalla, batalla al fin y al cabo, aunque ésta se desarrolle con tinta y papel sellado. ¿Qué otra cosa no hacemos, sino investigar, cuando buscamos un artículo en algún código o en una ley para encontrar solución al caso que tenemos entre manos? Al indagar qué opiniones emitieron los diputados a la Asamblea Legislativa cuando consideraban un proyecto de ley, para tratar de elucidar sus alcances, hacemos también investigación. Investigación hacemos también cuando leemos sentencias de casación —nuestra jurisprudencia fundamental—, para saber qué cosa han entendido los tribunales acerca de una determinada norma jurídica.

Todas estas son formas de hacer derecho y muchas más que se podrían enumerar, son investigación, pero hoy hablaremos de la investigación del derecho desde el plano puramente de su historia. Al fin y al cabo, a quien padece de achaques históricos, y por una serie de situaciones personales vino a desembocar en ser abogado, es justo que se le permita armonizar su tendencia subjetiva con su profesión objetiva, o sea, concluir como síntesis, en la investigación de la historia del derecho.

Al hacer investigación histórica encontraremos clara la tensión entre el presente y el futuro entablada en relación con el pasado. La verdadera causa, entonces, es algo más profundo y ha de buscarse en la naturaleza del hombre y del universo. Trátase de algo que, según me parece, fue reconocido por Heráclito cuando escribió:

“La contienda es la justicia”, lo cual creo que significa que toda vida y toda creación, si ha de persistir, debe avanzar sin detenerse hacia el cambio, es decir, que en cierto sentido, el futuro siempre estará en guerra con el presente y con el pasado. Por otra parte, algo del pasado ha de conservarse y perdurar de algún modo aún en el cambio. De otro modo, la existencia sería una serie de sucesos discontinuos que no guardan relación entre sí, y a los que no cabría percibir ni comprender, porque no debemos olvidar, ni por un momento, que nuestra historia es la historia de nuestra alma, y la historia del alma humana es la historia del mundo.

Primero que todo hay que hacerse a la idea de que toda labor de investigación histórica es un trabajo lento. Es el trabajo paciente de recolección de datos, que nos conduce a una gran tarea y a una fabulosa meta: la reconstrucción en el presente de los hechos de los tiempos pasados. Siempre dejamos en el atrás, en lo pasado, partes de nuestra vida y partes de la vida de los otros. Esas partes de vida perdidas en el pretérito del ayer se entremezclan, se confunden unas con las otras, y eso viene a ser, en primer término, nuestra historia y la historia de los demás, o sea, la historia de todos nosotros. Todo lo bueno, lo malo y las esperanzas de cada uno de nosotros se encuentra en la historia, y dentro de la historia es en el derecho donde más claro oímos y detectamos las aspiraciones de la humanidad, del hombre de carne y hueso, que pretenden hacerse o se han hecho en algunos casos una realidad. De allí que la investigación de la historia del derecho nos dé un doble cuadro apasionante: por un lado, lo que fue en verdad, o sea la historia, y por otro, la mayoría de las veces, lo que el hombre ha querido que sea, que se nota en sus legislaciones.

Toda obra de investigación, en síntesis, puede dividirse en dos grandes sectores que se compaginan: primero, la investigación de los hechos; y, segundo, la interpretación de los mismos. Casi que podría decirse que ambas se confunden en algunos casos, pero eso depende de capacidad y preparación del investigador.

Tomemos el primer punto, la investigación de los hechos históricos, y dentro de ellos, los que ahora nos interesan fundamentalmente, la investigación de los hechos histórico-jurídicos y, sobre todo, ya no tanto la investigación, sino el descubrimiento de la historia de nuestro propio derecho costarricense.

Para muestra un botón: del Código Napoleón se conoce hasta sus más íntimos detalles, hasta situaciones personales del emperador que se reflejaron en la redacción de un determinado artículo de ese Código; en cambio, de nuestro Código Civil, el emitido en 1888, o lo que resta de él, luego que se le han dado algunos mandoblos casi a mansalva sacándole inmensos trozos, no sabemos casi nada, o mejor dicho, de las reuniones de su comisión codificadora, no se conoce absolutamente nada.

Sin embargo, esta situación, en lugar de ser negativa, debe convertirse para nosotros en aliciente, en esperanza, como quien ante la fragosidad de una selva tropical impenetrable, se parara a contemplarla desde la llanura de suave césped que la circunda, y no se decidiera, machete en mano, a adentrarse en esa selva, teniendo la fe segura de que en su interior, difícil de alcanzar, se encontrará el premio al trabajo y los desvelos, como un rico tesoro.

La investigación de nuestra historia jurídica es una tarea bien difícil, muy complicada y llena de peligros. Podríamos ver una primera comprobación: lo escaso de la bibliografía costarricense en la materia y lo mediocre de sus resultados. Lo primero se explica pues la vocación histórica rara vez ha sido acompañada de la aptitud jurídica en nuestro medio. Y de ambas necesita —sin contar otras cosas— el historiador del derecho para realizar obra valedera. Es probable que, como afirmaba el historiador argentino Bunge, “cualquier historiógrafo puede hacer historia externa del derecho”; pero es indudable que la historia interna, la de sus instituciones, exige los conocimientos especializados de un jurista.

Aquí haría resaltar otra de mis preocupaciones: las doctrinas y los métodos de acuerdo con los cuales se estudia la historia del derecho en Europa, no sirven para explicar nuestra propia evolución jurídica. El fenómeno jurídico latinoamericano tiene caracteres propios. Bastaría, al respecto, indicar la individualidad del Código General de Carrillo dentro del panorama legislativo europeo.

En los autores costarricenses y aun centroamericanos, se trata siempre, repito, de la historia externa del derecho, es decir, de la historia de las fuentes del derecho y aún ésta misma, limitada a las fuentes legislativas, lo que importa excluir del panorama las más características manifestaciones del fenómeno jurídico. Para

comprender la secundaria utilidad de esa investigación, bastará recordar que el “desprecio de la ley” ha sido uno de los primeros hechos sociales que ha sido aislado por los sociólogos iberoamericanos. Existe indudablemente, y se pronuncia más conforme nos alejamos del presente hacia atrás, un divorcio de la realidad con la ley, sobre todo si nos referimos al campo constitucional. Este rasgo parece ser general a toda la América española. Viene, además, de muy antiguo; en los primeros años de la conquista, Benalcázar, acuñó en una frase que hizo camino, la realidad social de América: la ley se acata pero no se cumple.

No podemos hablar entonces, de acuerdo con estas ideas ahora expuestas, del derecho indiano, con fundamento único en las reales cédulas o en las provisiones reales españolas. “Las ideas que contiene, los fines que persigue, son datos puramente intelectuales, exposición de planes de gobierno que ayudan para reconstruir la psicología de España; pero de ninguna manera expresiones de vida americana”.

Por otra parte, según ya lo insinué, la historia del derecho es algo más que la historia de la legislación, aunque entre nosotros se las confunda con frecuencia. Abarca no sólo el hecho legislativo y el hecho político o económico que lo influyen y condicionan, sino también las ideas, los sentimientos, los intereses, el pensamiento jurídico, etc., del grupo social. Concebido así su estudio, el conocimiento exacto de la evolución jurídica iluminará muchos aspectos de nuestra historia general, hasta ahora desconocidos o apreciados contradictoriamente, y cuya clave debe darnos las investigaciones de nuestra historia jurídica.

Esa investigación excede en el estadio actual de los estudios a la capacidad de trabajo de un sola persona. Hay una vasta tarea preliminar que sólo puede ser cumplida en forma colectiva. Este trabajo se ha realizado muy parcialmente y con una serie inmensa de lagunas, en los seminarios de investigación histórica-jurídica que ha ofrecido desde hace unos cinco o seis años esta Facultad, pero la labor la debería concluir un futuro “Instituto de Historia del Derecho Costarricense”, adscrito a esta Facultad. De otra manera, la labor sería lenta e insegura. Porque, para ocuparse de historia del derecho, lo vuelvo a repetir, lo primero que se necesita es saber derecho. Este proloquio, que de puro ortodoxo parece perogrullesco, ha encontrado entre nosotros algunos disidentes.

Me parece oportuno, además, recordar una distinción elemental: el "conocer histórico" y la "construcción histórica" son operaciones distintas, que requieren aptitudes diferentes. No se necesita mucha perspicacia para comprender que, en el estado actual de nuestros conocimientos sobre nuestra historia jurídica, las tareas que atañen al primero de esos procesos (es decir, el de búsqueda, análisis y clasificación del material histórico) son las más urgentes y las únicas que un hipotético "Instituto de Historia del Derecho Costarricense" podría realizar ahora con alguna eficacia.

La labor que debería emprenderse, con carácter de urgencia, tendría que abandonar toda investigación en cuanto al derecho español, porque en España hay excelentes trabajos sobre la materia; tampoco podría ser materia de esa investigación el derecho indígena, porque no tendría ninguna importancia práctica, lo justifica sólo la curiosidad propia del historiador, amante de nuestra América precolombina. Mucho más interesante, pues, que plagiar de textos españoles la "evolución del derecho castellano leonés", por ejemplo, o que narrar la historia complicada del derecho indígena, es fijar las normas jurídicas (escritas o no), dentro de las cuales se desenvolvió la actividad social de los grupos hispanoamericanos en la tierra recién conquistada; sin olvidar, en ningún momento, el ya señalado divorcio entre la realidad y la ley.

Si el derecho indígena no se aplicó en la colonia —salvo dos o tres rarísimos casos— y si la ley española no se cumplía, parece lógico deducir que la Colonia —pues que prosperó—, tuvo normas propias, creadas por las necesidades del lugar y del momento; es decir, que América vivió, en buena parte, bajo un régimen de derecho consuetudinario. Nuestros historiadores parecen ignorarlo. Han aprendido que en "ninguna parte de la sociedad se atuvo menos a la ley que en la América de la conquista"; pero no se les ha ocurrido investigar cuáles fueron las leyes vigentes en la Colonia, ya que sin ellas no hubiera podido subsistir y organizarse. ¿Será necesario encarecer el interés de esa pesquisa para la historia general de Costa Rica?

En lo que atañe a nuestro país —y en un sector determinado: el de los testamentos—, he hecho la investigación pertinente y los resultados confirman aquella inducción. Escogí los testamentos porque como alguien decía en todos ellos transparece el alma de las sociedades incipientes y de las familias mal unidas; el

alma fiera y devota, altanera y sumisa a un tiempo, del guerrero y del pecador, que cree en Dios y sus penas, en vísperas de sufrirlas. La actividad social se rigió en este punto de los testamentos por normas puramente empíricas, que concluyeron por formar una verdadera costumbre, con figuras propias, cuya historia puede servir de ejemplo para mostrar cómo nace, se desarrolla y se afirma en América, una institución de derecho consuetudinario.

Dando pues por conocida la evolución legislativa del derecho español e indiano y abandonada por "impráctica" la curiosidad sana y plausible por el derecho indígena, las investigaciones han de tender a fijar la vida de aquellos derechos en la realidad social de la colonia y en los primeros tiempos de vida independiente, por lo menos, y para encontrar una fecha convencional, hasta 1900. Para lograr esto, hay que empezar por la labor humilde y engorrosa, pero proficua, de levantar inventarios de los archivos judiciales desparramados por el país, como base de los catálogos críticos que podrían hacerse en el futuro. Allí está toda la vida del derecho, el derecho en función: los pleitos privados, los procesos criminales, los contratos, los testamentos, etc. Todos esos documentos contienen datos esenciales para nuestro asunto, como que se refieren a la historia económica, a la historia legislativa, a la historia de las creencias y los sentimientos, a la misma historia política, sin cuyo conocimiento cabal, es casi imposible apreciar en su verdadera significación el fenómeno jurídico.

Permanecen aún inéditas en su mayor parte, en casi todo el país, las actas de los Cabildos y los registros oficiales de las municipalidades independentistas, sin cuyo conocimiento exacto cualquier inducción que se haga sobre cuestiones de historia jurídica será necesariamente provisional, sobre todo si se refiere a esa época de la independencia. La preparación del material debería ser hecha con criterio científico: he ahí un tarea específica que se le podría confiar a ese futuro "Instituto de Historia del Derecho Costarricense". Si se le indicara exactamente y con propiedad al legislador, o a la Universidad, sobre la significación e importancia de esos documentos, no se escatimarían sin duda los fondos para llevar a cabo la obra. ¡Se despilfarran tantos en cosas inútiles!...

Otra labor primordial que debería emprenderse, en su doble acepción de "primera" y de "fundamental", debería consistir en la formación de repertorios retrospectivos de jurisprudencia en todo

el país, desde principios del siglo XVII, por lo menos. Esta tarea suministraría algunos datos esenciales para especulaciones ulteriores. Por ejemplo, cómo funcionaba el derecho español en la realidad social de la colonia, variaciones impuestas al mismo por las peculiaridades geográficas, económicas o políticas de las distintas porciones del territorio centroamericano; en qué sentido y en qué medida gravita sobre la vida del derecho privado el movimiento de la independencia; el derecho privado en la época de la formación de la república; la transformación posterior de ese derecho hasta la sanción de los códigos; la forma en que influyó la jurisprudencia patria de 1841 a 1888 en la transformación radical del Código General de Carrillo, etc.

Transponiendo un prólogo corriente en la literatura francesa jurídica, podríamos decir que trazar fielmente la obra de la jurisprudencia durante todo el período indicado, sería escribir casi toda la historia del derecho costarricense. Porque tal como sucede en algunos períodos del derecho europeo, el motivo fundamental de nuestra historia jurídica, hasta la sucesiva sanción de los diferentes códigos, es la lucha entre los libros y la vida. Cuando el derecho positivo no traduce el espíritu de la realidad social, no tiene vigencia efectiva. Frente a esa *Lex data*, el pueblo, por la voz de sus magistrados, va creando su propio derecho. Aunque, "la ley define las palabras, es la vida la que las interpreta". Tenemos cerca de nosotros la comprobación de esta afirmación: las interpretaciones radicalmente distintas, dadas a los mismos textos de los códigos, por los diversos tribunales del país.

Paralelamente a esa exploración a fondo de los archivos judiciales y del Archivo Nacional —y como consecuencia de la misma—, irían surgiendo las figuras de algunos juristas que actuaron en el período colonial o en la era independiente. La publicación de los escritos más interesantes de cada uno de ellos, arrojaría plena luz sobre la historia de las ideas jurídicas en Costa Rica y se perfilarían personalidades muy interesantes en el campo jurídico, y de cuya actuación no podría prescindir en el futuro el historiador del derecho costarricense.

Toda la labor de investigación legislativa, inicialmente, en algunos aspectos, en el ámbito colonial e independentista hasta 1900, es decir, la menos complicada, casi que se ha concluido en

los seminarios de Historia del Derecho, que con la dedicación de los estudiantes que se han matriculado en ellos, y confiando plenamente en la buena fe del novel investigador. En cuanto a la historia de algunas instituciones definidas, como la del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial y del Congreso o Asamblea Legislativa, se ha completado por la investigación de estudiantes que han querido presentar sus tesis de incorporación sobre tales temas. También una completa institución colonial, la del gobernador en Costa Rica, se estudió en forma semejante. Pero todavía, a pesar de esas obras y de la labor de los seminarios y de la mía propia, puede decirse sin temor a equivocarse, que la historia del derecho costarricense es todavía una tarea por comenzar.

Con esta obra —repito— se lograría enfocar la creación del derecho costarricense, como un producto social emanado de su particular momento histórico y llenando una necesidad de su propio momento. La historia del derecho entonces se concebiría como una continuidad, en la cual no pueden hacerse cortes arbitrarios, salvo los indispensables metodológicos, y dentro de esa continuidad se encontraría ubicado el derecho, formando parte de la totalidad histórica, junto con una serie inmensa de situaciones. Enfocada la historia del derecho costarricense desde este punto, ganaría en profundidad, porque dotaría al derecho actual de perspectiva histórica, colocándolo en las circunstancias históricas que le dieron origen. Esto nos haría conocer la evolución del derecho costarricense como esa continuidad que corre parejas con la misma historia. Tal estudio también implicaría el enraizamiento de las diferentes corrientes y doctrinas del pensamiento jurídico universal, en la evolución institucional costarricense, con lo cual se comprenderían muy bien los problemas actuales que implica la traslación automática de instituciones jurídicas disímiles a la realidad costarricense, lo mismo que los aciertos cuando instituciones jurídicas, producto de parecida realidad histórica, se adaptan a nuestra propia realidad social.

Tal enfoque del estudio de la historia del derecho costarricense, como una consecuencia de la evolución social del país y como consecuencia del análisis de lo general y específico de nuestra realidad histórico-jurídica, en relación con el pensamiento jurídico universal, conllevaría un conocimiento profundo de nuestro propio derecho, en la forma académica y humanista más altamente recomendable, aunque muchas veces parezca que se quiere hacer del

abogado, una simple máquina sin emociones, capaz únicamente de buscar y aplicar automáticamente y sin vida artículos en colecciones de leyes.

Y llegado a este punto de mi intervención de hoy, no es algo que sobre, y permítaseme la disgresión pasajera, referirme aunque sea muy ligeramente a la experiencia humanista. Esta experiencia consiste en sentir, que nada humano es ajeno a uno, que "yo soy tú", que un ser humano puede comprender a otro ser humano porque los dos participan de los mismos elementos de la existencia humana. Esta experiencia humanista sólo es plenamente posible si ampliamos nuestra esfera de conocimiento. Nuestro conocimiento se limita habitualmente a lo que nos permite conocer la sociedad a la cual pertenecemos. Las experiencias humanas que no se encajan en ese marco, son reprimidas. De ahí que nuestra conciencia represente principalmente a la sociedad y a nuestra cultura, mientras que nuestro inconsciente representa al hombre universal que hay en cada uno de nosotros. (Fromm, "El corazón del hombre", pág. 107).

Pues bien, volviendo a lo que ahora nos interesa más, si se necesita ser abogado lo cual implica teóricamente al menos, la idea de que se sabe derecho, para la investigación de la historia del derecho, esta exigencia conlleva un doble filo, porque el abogado no está hecho para ser imparcial, sino todo lo contrario, aunque esto no implica que el abogado falsee esa verdad. La verdad se alcanza más fácilmente desde dos partes, y esa es en el fondo la verdad y sustento cabal del proceso judicial, porque la parcialidad de un abogado es el impulso que engendra el contraimpulso del adversario, como decía Calamandrei, el empuje que excita la reacción del contrario, y que, a través de una serie de oscilaciones casi pendulares, de un extremo al otro, permite al juez hallar lo justo en el punto de equilibrio.

Sin embargo, a pesar de estas dificultades de formación profesional, entre el abogado y el historiador se dan inmensas coincidencias, ambos actúan sobre la realidad en parecida manera, ambos recogen hechos según el criterio de selección que se ha pre-establecido y prescinden ambos de aquellos que, a la luz de tal criterio, les parecen desprovistos de interés. También el abogado, como el historiador, traicionarían su oficio si alterasen la verdad relatando hechos inventados; no la traiciona, en cambio, mientras

se limita a recoger y a coordinar, de la cruda realidad, sólo aquellos aspectos que favorecen su tesis, como lo afirma Piero Calamandrei.

Francesco Carnelutti, otro de los grandes juristas italianos contemporáneos, dice algo que siempre he juzgado de valor impeccedero, cuando oigo a algunos decir que la historia o la investigación histórica del derecho es cuestión baladí, propia para elucubraciones universitarias o placeres de viejo solitario. Carnelutti dice que el hecho de que en sus obras "particularmente en las más amplias y recientes, las observaciones estén limitadas al derecho italiano vigente, puede haber inducido a más de uno a pensar que yo estimo inútil el estudio del Derecho antiguo y del Derecho extranjero. Esto sería una falsificación de mi pensamiento... sepan los jóvenes, que si yo hubiese tenido medios para nutrir mis libros con los jugos de una larga cultura histórica y comparativa, los habría juzgado menos imperfectos de lo que son" (Metodología del Derecho, Uteha, 1940, págs. 36-37). Hasta aquí la cita de Carnelutti.

Para terminar, y cuando hagamos o escribamos historia, sobre todo si es historia del derecho, aunque sea la nuestra pequeña, debemos meditar sobre aquello que nos relata Juan, en el Cuarto Evangelio (VIII - 6, 9) cuando los escribas y fariseos llevaron a la mujer adúltera ante Jesús, El, doblegándose hacia la tierra, escribió algo en el polvo con el dedo, sin pluma ni tinta, y después les dijo que el que se sintiese sin culpa lanzara la primera piedra, y los acusadores se fueron en silencio. ¿Qué escribió el Maestro? ¿Lo leyeron los escribas?

El historiador, por su parte, anda por los campos y las ciudades, por el espacio y el tiempo, tratando de leer, para escribirlo y comentarlo, lo que el invisible dedo desnudo de Dios ha escrito en el polvo del camino que se lleva el viento. Lo que escribe Dios en la tierra es el milagro de la historia, que el historiador llega a narrar y a comentar como el pensamiento de Dios.