

Teoría general del derecho

Rogelio Enrique Peña Peña

ECO E EDICIONES



ROGELIO ENRIQUE PEÑA

Nació en Plato (Magdalena). Cursó los primeros años de bachillerato en el Colegio Nacional José Eusebio Caro de Ocaña en Norte de Santander, pero terminó la secundaria en el Liceo Celedón de Santa Marta. La Universidad Libre de Colombia en Bogotá le otorgó su título de abogado.

Este sencillo costeño, viajero incansable, ha ejercido su profesión, como él mismo lo dice, sólo en sus momentos libres.

Peña ha dedicado su mayor tiempo a comentar los códigos que materializan nuestro ordenamiento jurídico y a escribir la historia diaria de Colombia, recordando anécdotas de personajes hundidos en la política, la literatura o la ciencia, señalando las fechas de fundación de nuestros pueblos y ciudades; en los días y los hechos encuentra el lector una verdadera enciclopedia sobre nuestro pasado. Pero además de eso, Peña Peña también nos ha favorecido con obras cuyo tema se desarrolla en obras protegidas por el intangible y arcano ropaje de la fantasía. Hoy, en su acostumbrado lenguaje, sencillo y sabroso como un yantar doméstico, como él mismo dice refiriéndose a uno de los trabajos citados, publicamos su Teoría general del proceso, obra que tiene como fundamento las conferencias dictadas en la cátedra correspondiente de la Universidad Cooperativa de Colombia en Santa Marta.



Teoría general del derecho

Rogelio Enrique Peña Peña

Peña Peña, Rogelio Enrique

Teoría general del derecho / Rogelio Enrique Peña Peña. -- 1ª. ed. --
Bogotá : Ecoe Ediciones, 2011.

184 p. – (Ciencias políticas. Derecho)

Incluye bibliografía

ISBN 978-958-648-750-4

1. Teoría del derecho 2. Filosofía del derecho I. Título II. Serie

CDD: 340.1 ed. 20

CO-BoBN– a780630

Colección: Ciencias Humanas

Área: Derecho

Primera edición: Bogotá, D.C., noviembre de 2011

ISBN: 978-958-648-750-4

© Rogelio Enrique Peña Peña

© Ecoe Ediciones

E-mail: correo@ecoeediciones.com

www.ecoeediciones.com

Carrera 19 No. 63C-32, Pbx. 2481449, fax. 3461741

Coordinación editorial: Alexander Acosta Quintero

Diseño y diagramación: Denise Rodríguez Ríos

Diseño de carátula: Edwin Penagos Palacio

Impresión: Xpress estudio gráfico y digital

Av. de las Américas N° 39-53 Pbx: 6020808 Bogotá D.C.

Impreso y hecho en Colombia.

A la memoria de
Carlos Alzate Giraldo,
creador de Ecoe Ediciones,
abierta siempre a los frutos
de la cultura nacional.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I. PROLEGÓMENO	1
1. Primeras manifestaciones jurídicas	1
1.1. Anarquía. Despotismo	2
2. El clan	3
2.1. El Código de Hammurabi	3
2.2. El Código de Maru. Buda.....	4
2.3. China. Kung-tse	5
2.4. Israel.....	6
2.5. Egipto	8
2.6. Grecia.....	9
2.7. Roma.....	11
2.7.1. El derecho penal romano	12
2.7.1.1. La pena de muerte	13
2.8. El Islam.....	14
2.9. Apéndice	15
Citas bibliográficas.....	19
CAPÍTULO II. DERECHO NATURAL	21
1. Los griegos.....	21
1.1. El derecho natural en Roma	22
2. El Renacimiento.....	23
2.1. La Reforma	24
3. Fundamentos de la Escuela de Derecho Natural.....	24
4. Propositiones de la Escuela de Derecho Natural	25
4.1. Primera proposición: el fundamento de Derecho adscrito a la naturaleza humana.....	26
4.2. Segunda proposición: el estado de la naturaleza.....	26
4.3. Tercera proposición: el contrato social.....	26
4.4. Cuarta proposición: los derechos naturales innatos.....	27

5.	Principales expositores de la Escuela de Derecho Natural	27
5.1.	Hugo de Groot.....	27
5.2.	Thomas Hobbes	27
5.3.	Benito Spinoza.....	28
5.4.	John Locke.....	28
5.5.	Samuel Pufendorf.....	28
5.6.	Cristian Tomasio	28
6.	Opiniones antiusnaturalistas.....	29
7.	La obra de Rousseau. Plenitud de la Escuela de Derecho Natural.....	29
	Citas bibliográficas.....	31

CAPÍTULO III. OTRAS ESCUELAS FILOSÓFICAS..... 33

1.	El derecho racional.....	33
2.	El Historicismo	34
3.	El empirismo jurídico	35
3.1.	Positivismo sociológico	35
3.2.	Positivismo jurídico	35
3.3.	Positivismo crítico.....	36
3.4.	Teoría General del Derecho	37
3.5.	Otras corrientes del empirismo jurídico	38
3.6.	El Renacimiento Idealista.....	40
	Citas bibliográficas.....	43

CAPÍTULO IV. EXPERIENCIAS DOCTRINARIAS. LA NORMA JURÍDICA 45

1.	Experiencias doctrinarias sobre lo que es el derecho	45
1.1.	Teoría de la institución.....	45
1.2.	Teoría de la relación.....	46
1.3.	Teoría de la normativa	46
2.	La norma jurídica	47
2.1.	Estructura de la norma jurídica	47
2.1.1.	La norma jurídica como juicio. Elementos	47
2.1.2.	La norma jurídica como juicio categórico.....	48
2.2.	Características de la norma jurídica.....	48
2.3.	Clasificación de las normas jurídicas.....	49
	Citas bibliográficas.....	55

CAPÍTULO V. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.	
DEFINICIONES DE DERECHO	57
1. Concepto	57
2. Características del ordenamiento jurídico	58
3. Definiciones de Derecho	58
3.1. Apéndice	59
4. Principios	59
5. Jerarquía del ordenamiento jurídico.....	59
6. Unidad del ordenamiento jurídico.....	60
7. Armonía del ordenamiento jurídico.....	60
8. Las antinomias.....	60
8.1. Plenitud del ordenamiento jurídico.....	61
9. Métodos de complementación.....	62
Citas bibliográficas.....	63
CAPÍTULO VI. RAMAS Y RELACIONES DEL DERECHO POSITIVO	65
1. Clasificación	65
2. Derecho objetivo y subjetivo	65
3. Derecho sustantivo y derecho adjetivo	65
4. Derecho público y Derecho privado	66
5. Derecho privado	67
6. Relaciones del derecho con otras ciencias	68
7. Función social del Derecho.....	69
8. Las diferencias entre el Derecho natural y el positivo	69
Citas bibliográficas.....	71
CAPÍTULO VII. CONCEPTOS JURÍDICOS CARDINALES	73
1. El supuesto jurídico y la consecuencia.....	73
2. La sanción.....	74
3. Las relaciones jurídicas.....	74
3.1. Clasificación de las relaciones jurídicas.....	74
3.2. Orígenes de la relación jurídica.....	75
4. Teoría del derecho subjetivo y derecho objetivo.....	75
4.1. Fuentes de los derechos subjetivos.....	76
4.2. Nacimiento de los derechos subjetivos	76
4.3. Clasificación de los derechos subjetivos.....	76
5. Modificación de los derechos.....	78
6. Transferencia y transmisión	78
6.1. Derechos intransferibles e intransmisibles	78

7.	Extinción de los derechos.....	78
8.	Límite al ejercicio de los derechos.....	79
9.	Sujetos de derecho.....	80
9.1.	Personas naturales.....	81
9.2.	Personas físicas.....	81
9.2.1	Presunción de conmorienencia.....	82
9.3.	Atributos de la personalidad.....	82
9.3.1.	El nombre.....	82
9.3.2.	La capacidad.....	82
9.3.2.1.	Incapacidades.....	83
9.3.3.	La nacionalidad.....	84
9.3.4.	El domicilio.....	84
9.3.4.1.	Calificación de domicilio.....	84
9.3.5.	El estado civil.....	85
9.3.5.1.	Fuentes del estado civil.....	85
9.3.5.2.	La familia y el parentesco.....	86
9.3.6.	El patrimonio.....	86
9.3.7.	Derechos de la personalidad.....	87
10.	Las personas jurídicas.....	87
	Citas bibliográficas.....	89

CAPÍTULO VIII. FUENTES DEL DERECHO..... 91

1.	Teorías.....	91
2.	Clasificación tradicional.....	92
2.1.	Fuentes reales o materiales del derecho.....	93
2.1.1.	Fuerzas políticas.....	93
2.1.2.	Fuerzas psicológicas.....	94
2.1.3.	Fuerzas económicas.....	95
3.	Fuentes formales del derecho.....	97
3.1.	Constitución Política.....	97
3.2.	La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho.....	98
4.	La ley.....	101
4.1.	Clasificación de la ley.....	102
5.	La costumbre.....	104
5.1.	Clasificación de la costumbre.....	104
6.	La jurisprudencia.....	105
6.1.	La jurisprudencia como creadora del derecho.....	105
6.2.	La jurisprudencia es meramente declarativa.....	106
7.	La jurisprudencia y la costumbre.....	106
8.	Principios generales del derecho.....	106

8.1.	Abuso del derecho	106
8.2.	Buena Fe.....	107
8.3.	Enriquecimiento sin causa.....	107
8.4.	Error común hace derecho (<i>error communis fact ius</i>).....	108
8.5.	Fraude a la ley.....	108
8.6.	Imprevisión.....	109
8.7.	Pago de lo no debido	109
9.	La Doctrina.....	110
	Citas bibliográficas.....	111
CAPÍTULO IX. FINES DEL DERECHO		113
1.	Los valores jurídicos	113
1.1.	La justicia.....	114
1.1.1.	El pensamiento helénico.....	114
1.2.	La equidad.....	116
1.3.	La seguridad	118
1.4.	El bien común. El derecho a la libertad.....	119
	Citas bibliográficas.....	121
CAPÍTULO X. LA TÉCNICA JURÍDICA		123
1.	Jurisprudencia técnica	123
1.1.	Determinación de la vigencia de la ley	124
1.2.	Interpretación de la ley.....	125
1.2.1.	Escuelas de interpretación. La hermenéutica.....	127
1.3.	Integración. La analogía y otros métodos de interpretación	129
1.3.1.	La analogía y la integración extensiva.....	130
1.4.	Retroactividad de la ley. Conflicto de leyes en el tiempo	131
1.5.	¿Excepciones al principio de la retroactividad?	132
1.6.	Supervivencia de la ley.....	133
1.7.	Ultraactividad	134
1.8.	Efectos de la Ley. Abrogación, derogación, subrogación, modificación.....	134
2.	Conflicto de leyes en el espacio	135
2.1.	El Exequátur	137
	Citas bibliográficas.....	139
CAPÍTULO XI. EL ACTO JURÍDICO.....		141
1.	Hechos materiales y hechos jurídicos	141
2.	Acto jurídico	142
2.1.	Elementos constitutivos del acto jurídico	142
2.2.	Elementos comunes.....	143

3.	Requisitos de existencia.....	143
3.1.	La voluntad.....	143
3.1.1.	Autonomía privada o de la voluntad.....	144
3.1.2.	Limitaciones a la autonomía de la voluntad.....	145
3.1.3.	La voluntad en los actos bilaterales: el consentimiento.....	146
3.1.4.	Formación del consentimiento. Oferta y aceptación.....	146
3.1.5.	Simulación. Acto fraudulento.....	147
3.1.6.	Vicios de la voluntad.....	148
3.1.6.1.	Error.....	148
3.1.6.2.	Fuerza.....	149
3.1.6.3.	Dolo.....	149
4.	El objeto.....	150
4.1.	Requisitos del objeto.....	150
5.	Causa.....	150
6.	Formalidades.....	150
7.	Sanciones civiles.....	151
7.1.	Ineficacia del acto jurídico.....	151
7.1.1.	Inexistencia.....	151
7.1.2.	Nulidades.....	152
7.1.2.1.	Especies de nulidad sustantiva.....	153
7.1.2.2.	Diferencias entre inexistencia y nulidad absoluta.....	153
7.1.2.3.	Diferencias entre nulidad absoluta y nulidad relativa.....	154
7.1.3.	Teoría de la Inoponibilidad.....	154
	Citas bibliográficas.....	157
	CAPÍTULO XII. LOS USOS SOCIALES. EL DERECHO Y LA MORAL.....	159
1.	Los usos sociales.....	159
2.	El derecho y la moral.....	161
	Citas bibliográficas.....	163
	BIBLIOGRAFÍA.....	165

CAPÍTULO I

Prolegómeno

1.- Primeras manifestaciones jurídicas.- Jamás podrá saberse cuál fue el primer momento de la historia. La iniciación del pasado siempre estará cubierta de espesa oscuridad y es necesario entonces empezar por los fragmentos de información que a veces, casualmente, se han ido descubriendo. En esta oportunidad, sin embargo, consideramos oportuno empezar estableciendo la diferencia que existe entre las relaciones de poder y las relaciones de Derecho(1). Y al respecto nos permitimos agregar que en la versión española realizada por Vicente Herrero de la "Teoría general del Derecho", Edgar Bodenheimer expone detenida y metódicamente lo que significan estas relaciones utilizando el argumento de "LA VIDA Y LAS EXTRAÑAS Y SORPRENDENTES AVENTURAS DE ROBINSON CRUSOE", escrito por Daniel Defoe, en la cual, después de un naufragio, que arrojó a Robinson en una isla deshabitada y pasado algún tiempo en que le tocó acudir a diversos medios para conservar la vida, el protagonista libró de la muerte a un joven indígena que estaba a punto de ser sacrificado y devorado por un grupo de antropófagos. Cuando éstos huyeron atestados de pavor por la intervención armada de Crusoe, Viernes –que así llamó aquél al indígena– dio lugar a ostensibles manifestaciones de vasallaje, inclusive colocando sobre su cabeza el pie de su libertador, no exigiendo ninguna compensación por el total y completo vínculo de sumisión y dependencia que ofrecía.

Un segundo caso tuvo lugar algún tiempo después: el Capitán de un barco iba a ser abandonado por la tripulación sublevada también fue salvado por Crusoe. Este prometió liberarlo y ayudarlo a recobrar el barco con la condición de que se sometiera completamente a su autoridad mientras estuviera en la isla y lo llevara a Inglaterra sin cobrarle pasaje. El Capitán aceptó y se cumplió el contrato.

Algunos otros episodios sucedieron, pero en el relato se explican las dos clases de relaciones que ya hemos mencionado: las de poder y las de Derecho: las que tuvieron lugar entre Robinson y Viernes fueron relaciones de poder, pues en ellas imperó la dominación y la sujeción. Después de haber masticado la soledad durante veintiocho años, Crusoe disfrutó de un poder absoluto sobre el indígena que le llegó a la isla. Pero sus relaciones con el Capitán fueron de contrato e igualdad. Ambos se reconocieron como personas libres poseedoras de derechos y de deberes mutuos.

1.1.- Anarquía. Despotismo.- El poder puede ejercerse por medios físicos, psicológicos e intelectuales y cuando, radicado en una sola persona, ésta consigue para la obtención de sus fines la sumisión y adhesión irrestrictas de un grupo como partido político, sociedad secreta u orden religiosa, surge lo que se denomina una '*estructura de poder*', la cual, si consigue apoderarse de todo un Estado y moldearlo de conformidad con los principios de su propia organización, hallaremos, perfectamente establecido, el *Estado totalitario*.

Surgen, por eso, dos formas extremas de vida social en las que el poder tiene significativa influencia. Son la anarquía y el despotismo. En la primera íntegros los miembros de la comunidad tienen un poder ilimitado, pues todo el mundo es libre de hacer lo que quiera. El reconocimiento y la obediencia a las leyes son conceptos sin valor alguno. No existe autoridad que ponga freno al ejercicio arbitrario de aquel poder desbordante. Es el desorden como una plaga de langostas hambrientas devastando todas las plantaciones de la sociedad. El despotismo, por el contrario, es una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder desmedido, inclusive de modificar sin trabas las leyes que estructuran el ordenamiento jurídico de un determinado ambiente nacional. El despotismo "*puede manifestarse de dos formas. En primer término puede significar el régimen puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder. En segundo lugar puede aparecer en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta –o finge querer– realizar. La segunda forma de despotismo tiene más éxito y a la vez es más peligrosa*"(2).

Entre estos extremos sociales, el desorden de los Coribantes y la voracidad y los malos instintos del jabalí de Erimanto –anarquía y despotismo– solo existe la senda real del Derecho, mezclado en principio con la moral. Por esta senda transitaremos en la tarea que nos hemos impuesto dejando a un lado, deliberadamente y hasta mejor oportunidad, las novedosas opiniones sobre el anarquismo colectivista de Miguel Bakunin y Pedro Alexevich y al parecer Benito (Baruch) Spinoza en el sentido de que el resultado final de una situación anárquica sería un régimen político en que en un solo hombre como conquistador establecería su dominio sobre los demás e implantaría el despotismo. "*Es más probable que corresponda a la realidad esta opinión que la sostenida por Hobbes de que en la anarquía habría una guerra perpetua de todos contra todos*"(3).

2.- El clan.- La mirada retrospectiva nos muestra que quizás la forma de agrupación más antigua sea el clan, llamado también *sib*, según que la autoridad fuera ostentada por grupos de organización patriarcal en el primer caso, o de organización matriarcal en el segundo, dando razón con éstos a la ginecocracia. Pero a pesar de esa diferencia hoy se usan con mayor seguridad y frecuencia el término clan para designar a cualquiera de los dos grupos.

Se ha dicho que el clan era como una familia ampliada. Su jefe era el más añoso, el de la experiencia y sabiduría aniculares, que disponía arbitrariamente de su poder, lo cual presentaba un panorama anómico, pues solo en la voluntad del anciano estaba la facultad de improvisar el mandato. Poder arbitrario y derecho aparecen totalmente opuestos.

Con el correr incontenible del tiempo crecieron los clanes aislados, de tal manera que se fueron imponiendo otras reglas de convivencia, de sucesión en el mando, de establecimiento en la *composición* para arreglar controversias varias y también una modalidad federativa tribal que agrandó las zonas de influencia y obligaron a crear las primeras manifestaciones del Derecho.

Lógicamente, en estas reglas de convivencia encontramos ya serias manifestaciones del Derecho. Indicar exactamente cuáles fueron ellas se nos convertiría en una tarea demasiado amplia, pues tendríamos que recorrer los adelantos de todas y cada una de las agrupaciones que reclaman su puesto en el transcurrir de la Historia. Por eso, para esta exposición hemos escogido unas pocas que por la riqueza de sus semillas y por su bondad en el suministro de sus grandes realizaciones, han provocado la admiración de quienes ahora, después de una miríada de siglos, han alucinado con esas sus blindadas legislaciones salpicadas frecuentemente con sangre, irrevocables arbitrariedades y, en ocasiones, con risibles soluciones. Ejemplos que nombraremos a continuación serán el de los pueblos caldeos y sirios, hindú, chino, judío, griego, romano y mahometano.

2.1.- El Código de Hammurabi.- Pero lo cierto es que estas primeras manifestaciones fueron una amalgama de derecho, moral y religión. A continuación trataremos de algunas pocas organizaciones, emblemáticas en la historia de la sociedad y comenzaremos con el célebre *Código de Hammurabi* descubierto en Susa (1901/02) por una expedición francesa, siendo el más viejo de los conocidos con sus doscientos ochenta y dos leyes conservadas por más de cuarenta siglos, vigente en Caldea y Asiria durante el imperio babilónico en época que se ubica en unos dos mil años antes de Jesucristo. Al lado de un Monarca omnipotente que gobernaba, legislaba y administraba justicia, los sacerdotes asesores también fungían como jueces y legisladores respetando siempre los preceptos del nombrado *Código*. Había en éste sanciones extrañas como la pena de muerte para el constructor de una casa que se cayera dando muerte al propietario, para el que hiciera falsas imputaciones o tergiversara el testimonio, inclusive para el militar que abandonara las filas del ejército. Atroz, cual es la incineración, era la pena para la persona sorprendida robando en un incendio. El patíbulo

también estaba presto para los uxoricidas, lo mismo que para la madre que mancillara su vientre con el incesto, o el destierro para el padre que con el mismo delito dilapidara el tesoro genetal de sus hijas.

El Código de Hammurabi, en fin, reglaba todo de casi todo, hasta los tratamientos médicos, aplicaba la *Ley del Talión* y, lógicamente, trataba asuntos relacionados con las divinidades al lado de cuestiones administrativas, civiles, comerciales, laborales y penales.

2.2.- El Código de Manu. Buda.- Otro código más reciente es el de *Manu*, que posiblemente tuvo su vigencia a partir del siglo VII a.C., hasta el año 200 d.C. Fue redactado en sánscrito para los Vedas de la India, quizá en una época en que pequeños monarcas que reinaban sobre un gran número de estados tribales, una veces intercambiando una buena amistad y en otras ocasiones luchando encarnizadamente entre sí, mientras los sacerdotes brahmanes, únicos que se relacionaban con los dioses, servían el banquete de su plena y total dominación.

No es, pues, gratuita la denominación de *védica* que se le da a esta época de la antigua cultura hindú, en que lo religioso se convierte en columna dorsal de himnos y en fórmulas mágicas, paremias y prescripciones rituales. Lo histórico-político y el jugoso fruto de la experiencia ceden su puesto a la fantasía y la especulación. Toda tradición aparece invadida por la leyenda y *la historia es un cuento de magia*, como nos dice el historiador Veit Valentín.

En lo poco que se conoce del *Código de Manu* hay mayoritariamente preceptos de orden religioso, pero también sobre comportamiento del rey y asuntos de derecho procesal. Pero su nota sobresaliente es la división de la comunidad en *castas*, de las cuales la más importante es la de los *brahmanes*, la segunda la de los *guerreros*, la tercera la de los *artesanos* y *comerciantes* y la cuarta la de los *sudras* o *esclavos*. Si uno de estos últimos, por ejemplo, agredía aunque fuere verbalmente a alguien de casta inmediatamente superior, se le cortaba la lengua; si el insulto se dirigía a un guerrero, se le metía en la boca un hierro candente; si el dicitario era contra un sacerdote, éste podía regar aceite hirviendo sobre el cuerpo del desventurado sidra. Con pena capital estaba castigado el robo en flagrancia, pero si el ilícito se cometía sobre objetos sagrados, a los convictos se les empalaba, se le cortaban las manos y luego se le aplicaba la pena de muerte. Nota también característica del código de Manu fue la exclusión de los grupos sociales de todas aquellas personas que sufrieran de enfermedades infectocontagiosas, los que negaran la existencia de los dioses, los blasfemos y los vagabundos. La mujer era disminuida hasta el total desprecio.

En la India la religión era y es como la luz del sol, como el aire, como el agua. Por eso dentro del brahmanismo pudo erguirse el *budismo*, como la cabeza del girasol en las mañanas húmedas, convirtiéndose en una de las religiones más grandes y acogidas del mundo. En ella resplandecen doctrinas como la del *karma* (consecuencias del mérito o demérito de las libres acciones individuales en