

Lecciones de Introducción al Derecho

2.ª Edición



Editor académico:

Hernando A. Hernández Quintero

Hernando A. Hernández Quintero
Gentil Eduardo Gómez Peña
María Cristina Solano de Ojeda
Olga Lucía Troncoso Estrada
Carlos F. Forero Hernández

Ediciones
Unibagué

 **Universidad
de Ibagué**
Comprometidos con el desarrollo regional



Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho

Lecciones de Introducción al Derecho
Segunda edición

Hernando A. Hernández Quintero
Gentil Eduardo Gómez Peña
María Cristina Solano de Ojeda
Olga Lucía Troncoso Estrada
Carlos F. Forero Hernández

Editor académico:
Hernando A. Hernández Quintero

Ibagué, Colombia
Julio de 2021

340.1

L457 Lecciones de introducción al derecho / Hernando A. Hernández Quintero, Gentil Eduardo Gómez Peña, María Cristina Solano de Ojeda, Olga Lucía Troncoso Estrada, Carlos F. Forero Hernández. 2.^a ed, Ibagué: Universidad de Ibagué, 2021
285p. 23 centímetros

ISBN Digital 978-958-754-369-8

Descriptores: Fundamentos del derecho; Filosofía del derecho; Sistema jurídico; Ciencia Jurídica; Derecho romano; Concepto de justicia; Origen del derecho; Realismo jurídico; Fuentes del derecho; Hermenéutica jurídica.

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho
Julio de 2021

© Universidad de Ibagué, 2021

© Hernando A. Hernández Quintero, Gentil Eduardo Gómez Peña, María Cristina Solano de Ojeda, Olga Lucía Troncoso Estrada, Carlos F. Forero Hernández, 2021.

Cómo citar esta obra: Hernández Quintero, H.A., Gómez Peña, G. E., Solano de Ojeda, M. C., Troncoso Estrada, O. L. & Forero Hernández, C.F. (2021).

Lecciones de Introducción al Derecho (2.^a ed.). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. doi: <https://doi.org/10.35707/9789587543698>

Recibido: Noviembre de 2020

Aceptado: Enero de 2021

Publicado: Julio de 2021

Dirección editorial: Ediciones Unibagué

ediciones.unibague.edu.co

publicaciones@unibague.edu.co

Universidad de Ibagué

Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá

Teléfono: +57 (8) 2760010

Ibagué, Tolima, Colombia.

www.unibague.edu.co

Portada: Portada: Alejandro y Diógenes. (Hacia 1700). Sebastiano Ricci (1659-1734). Tomada de https://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Sebastiano_Ricci_-

_Alexander_and_Diogenes.jpg

Diseño y diagramación
León Gráficas S.A.S. PBX 2630088. Ibagué.

Esta obra no puede reproducirse sin la autorización expresa y por escrito de la
Universidad de Ibagué.

Diseño epub:
Hipertexto - Netizen Digital Solutions

Contenido

Presentación

Precisiones terminológicas

Introducción

Ordenamiento jurídico

Sistema jurídico

Ciencia jurídica

El cuestionamiento sobre el carácter de ciencia del Derecho

Derecho

Filosofía del Derecho

Referencias

¿Qué es el Derecho?

Generalidades

Derecho romano

Concepto de Derecho

El carácter coactivo del derecho

El Derecho como norma de conducta

Diversas acepciones del Derecho

Como Derecho objetivo

Como Derecho subjetivo

Referencias

El concepto de justicia

Introducción

Concepto de justicia
John Rawls
El concepto de justicia en Colombia
Conclusiones
Referencias

El origen y los fines del Derecho

La norma como emanación divina
La norma como mecanismo de protección de un orden cultural
La norma como producto del consenso social
La norma como mecanismo de control por parte de quien detenta el poder político
La norma como mecanismo para evitar la justicia privada
La norma como resultado de interacción entre quienes defienden diferentes intereses dentro de un grupo social
La norma como instrumento de lucha en busca de la paz social
Funciones del Derecho
Referencias

El Iusnaturalismo

Referencias

El positivismo jurídico

Origen y concepto del positivismo jurídico
Matices del positivismo jurídico
Referencias

Realismo jurídico

Concepto de realismo jurídico
Realismo jurídico o nuevo realismo jurídico
Corrientes del realismo jurídico

Etapa postrealista
El realismo jurídico en la jurisprudencia nacional
Conclusiones
Referencias

La norma jurídica

Introducción
El carácter coactivo: Principal característica de la norma jurídica
La noción de norma jurídica
La estructura de la norma jurídica
Clasificación de las normas jurídicas
Referencias

Conceptos básicos del Derecho

Introducción
Concepto jurídico de persona
La persona física
Hecho jurídico
Sanción
Responsabilidad
Deber jurídico
La relación jurídica
El derecho subjetivo
Capacidad jurídica
Jurisdicción
Competencia
Referencias

El Derecho y su relación con otras ciencias

Derecho y moral
Derecho y sociología
Derecho y economía
Derecho y psicología
Derecho e historia

Derecho comparado
Referencias

Las fuentes del Derecho

Concepto
Principios de las fuentes del derecho
Clasificación de las fuentes del derecho
Referencias

La hermenéutica jurídica

Integración del derecho
¿Qué se entiende por integración del derecho?
Analogía
La costumbre como mecanismo de integración
Principios constitucionales
Principios generales del derecho
Algunos principios generales del derecho
Conflicto de la Ley en el espacio y en el tiempo
Conflictos de leyes en el tiempo
Referencias

Métodos de interpretación de la norma jurídica

Interpretación sintáctica y literal
Interpretación lógica
Interpretación histórica
Interpretación sistemática
Conclusiones
Referencias

Las ramas del derecho

Introducción
Derecho público y derecho privado
Las ramas del derecho en Colombia
Referencias

Notas al pie

Autores

Presentación

El destacado sociólogo colombiano Gonzalo Cataño escribió hace algunos años un importante artículo que tituló: “De la publicación oral a la publicación impresa”; texto que aparece en su reconocido trabajo *La artesanía intelectual*. Allí, con una lógica incontrastable señala que:

Docentes de tiempo completo que han trabajado por más de veinte años, culminan su carrera sin haber realizado publicación alguna dentro de su especialidad. Al llegar al periodo de jubilación, muchos de ellos, encuentran con sorpresa que su vida activa se limitó a la *brega* del salón de clase, al control de los ejercicios de laboratorio, a la evaluación de sus alumnos y al desempeño de las ineludibles tareas administrativas del mundo universitario (Cataño, 1995, p. 85).

Pues bien, los profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, a quienes regularmente se nos ha encargado la responsabilidad de impartir la cátedra de Introducción al Derecho, con el fin de no caer en la lista de los docentes a los que se refiere el maestro Cataño, emprendimos en el año 2012 la tarea de publicar un texto que sirviera de guía a nuestros alumnos en el estudio de esta primera aproximación a los temas propios de su programa académico.

Para enfrentar este reto acudimos a la publicación que bajo el nombre de Notas Universitarias ha diseñado la Universidad de Ibagué, para que sus profesores consignen sus disertaciones diarias, las cuales han de servir a sus alumnos para una mayor comprensión de sus enseñanzas.

La primera versión del trabajo que denominamos *Lecciones de introducción al Derecho*, vio la luz en

noviembre del año 2012, con los temas preparados por los profesores Olga Lucía Troncoso Estrada, María Cristina Solano de Ojeda, Hernando A. Hernández Quintero y Gentil Eduardo Gómez Peña. Para el primer semestre del año 2013, los autores citados en precedencia elaboramos nuevas contribuciones, las cuales fueron publicadas en forma virtual en la página de la Universidad y se utilizaron por los estudiantes para preparar sus clases. En agosto de 2014, con la incorporación de nuevos temas de los docentes comprometidos en este proyecto, se editó la segunda edición de las *Lecciones de introducción al Derecho*.

Luego, en el año 2105, cuando nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas celebró sus primeros veinte años de fructífera existencia, todos los artículos que pacientemente se habían construido por los profesores de la materia, se incorporan en el libro que entregamos en ese momento con especial regocijo a la comunidad académica bajo el título de *Lecciones de introducción al Derecho*, con el sueño que contribuyan eficazmente a la adecuada formación humana y profesional de nuestros estudiantes.

Ahora, después de dos reimpresiones de este trabajo (2018 y 2020), al arribar nuestra querida Facultad a sus veinticinco años de labores (1995-2020), se ha preparado una segunda edición en la que se incorporan dos capítulos nuevos: *La norma jurídica* y *Las ramas del Derecho*, escritas por los profesores Carlos F. Forero Hernández y Olga Lucía Troncoso. Se ha aprovechado la oportunidad para actualizar algunos temas, en especial en aspectos constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales.

Dedicamos este libro a quienes han sido nuestros alumnos durante estos veinticinco años, los cuales empezamos a ver con la nostalgia de los tiempos idos, al igual que, a quienes en el futuro accedan a las aulas de estudio de este acreditado programa de Derecho en la noble aspiración de ser abogados. Especial gratitud para la

Universidad de Ibagué, que nos ha permitido ejercer con libertad la cátedra universitaria y nos ha estimulado a dejar a las nuevas generaciones el fruto de nuestras inquietudes intelectuales.

Hernando A. Hernández Quintero
Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Referencia

Cataño, G. (1995). *La artesanía intelectual*. Santafé de Bogotá, Colombia: Universidad Pedagógica Nacional, Plaza& Janés.

Precisiones terminológicas

Hernando A. Hernández Quintero

Introducción

Con el fin de facilitar el análisis de las diferentes partes que integran el Derecho consideramos de vital importancia efectuar un somero comentario sobre algunos términos de uso corriente en nuestra asignatura de Introducción al Derecho, tales como ordenamiento jurídico; sistema jurídico; ciencia jurídica; Derecho y filosofía del Derecho.

Ordenamiento jurídico

Cuando se indaga de manera informal por el concepto de Derecho es corriente que se responda que se trata de un conjunto de normas que buscan la convivencia pacífica de los ciudadanos. Desde ese momento se advierte que una norma sola no puede convertirse en Derecho y que es por tanto necesario que se entrelace con otras en forma armónica y coherente. Por eso, concluye con acierto Bobbio que:

Para nosotros, la teoría de la institución ha tenido el gran mérito... de destacar el hecho de que solo se puede hablar de Derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que por lo tanto el Derecho no es una norma sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo (Bobbio, 1964, p. 142).

De esta forma, podemos concluir que el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas coherentes y armónicas

entre sí que conforman un sistema unitario.

Elaboración gradual del ordenamiento jurídico

Las diversas normas que conforman el ordenamiento jurídico no se ubican todas en un mismo plano pues es fácil encontrar alguna cuya existencia depende de otra. De esta forma, las inferiores están supeditadas en cuanto a su validez a las de mayor rango hasta llegar a una superior que no depende de ninguna, ella es conocida como norma suprema a la que Kelsen denomina *fundamental* (1995, p. 130) y Hart, *norma de reconocimiento* (1998, p. 133), en la cual reposa la unidad del ordenamiento. De la anterior afirmación surge la existencia de un orden jerárquico que Merkel, discípulo de Kelsen, asemeja a una pirámide (Torré, 2009, p. 210).

Para el caso colombiano, en la cúspide de la pirámide, encontramos la Constitución Política expedida por el Constituyente de 1991¹. A ella se integra lo que se ha llamado el bloque de constitucionalidad². Cualquier norma del ordenamiento jurídico de nuestro país para que sea válida debe ser consistente con la Carta fundamental pues de encontrarse en contravía de sus mandatos deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional por inexecutable (art. 241 C.P).

En segundo orden, en la pirámide, encontramos la Ley expedida por el Congreso de la República (art. 150) y sancionada por el señor presidente de la República (art. 189 n.º 9), la cual se debe ajustar a los parámetros establecidos por la Constitución Política (arts. 150 a 170). Enseguida encontramos los actos administrativos que son manifestaciones unilaterales de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos (Santofimio, 1998. p. 129). En ellos podemos encontrar los decretos del presidente de la República y los de sus ministros (art. 189 C. P.); las

ordenanzas de las asambleas departamentales (art. 300 C.P., modificado por el art. 2.º del Acto Legislativo 1 de 1996); los decretos y resoluciones de los gobernadores (art. 305 C.P.), los acuerdos de los concejos municipales (art. 313 C.P), los decretos y resoluciones de los alcaldes municipales (art. 315 C.P.).

Finalmente, aparece en la escala de la pirámide los contratos que suscriben los particulares (capítulo cuarto del Código Civil). Como la advierte con claridad Abelardo Torr , la estructura piramidal del ordenamiento jurídico nos permite establecer que la validez de una norma la encontramos en otra jerárquicamente superior a esta, es decir, que se haya formulado por el órgano establecido para tal fin y cumpliendo con los requisitos establecidos para tal fin (Torr , 2009, p. 210)³. En resumen, como lo sentencia Kelsen (1995):

Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y solo por ella. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez. (p. 133).

Sistema jurídico

Ya en párrafos anteriores señalamos que el ordenamiento jurídico constituye un sistema pues las normas que lo integran están organizadas en forma armónica y coherente. Pues bien, lo que precisa está condición de sistema es que en él no pueden coexistir normas incompatibles, esto es, no puede encontrarse antinomias. Esta característica permite también una interpretación sistemática del Derecho.

Al punto precisa Nino (1991) que no es posible determinar si una regla es una norma jurídica y si existe como tal si no se establece que la misma pertenece a un sistema jurídico (p. 101). Luego el autor precisa como características que identifican un sistema jurídico los

siguientes: se trata de un sistema normativo (conjunto de normas); son sistemas coactivos, esto es, que amenazan sanción a quienes los incumplan. Y el criterio que la individualiza de manera más precisa es que se trata de sistemas institucionalizados, esto es, que sus normas establezcan autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema (p. 106).

Finalmente, agrega los órganos primarios de los sistemas jurídicos en los que ubica a quienes crean y derogan las normas (legislador), los que pueden señalar qué normas son aplicables en el caso concreto (los jueces) y los órganos a cargo de quienes está la ejecución de las medidas coactivas (Policía). Concluye el ilustre jurista con la inclusión de la obligación de aplicar por parte de los órganos primarios la regla de reconocimiento de Hart que no es otra cosa que verificar que cuando las normas son expedidas por el órgano competente deben ser aplicadas (pp. 109 a 111).

Para Kelsen (1953), la pluralidad de normas que integran el ordenamiento jurídico constituye un verdadero sistema cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única, la norma fundamental. Así, una norma pertenece a un orden determinado solo cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de ese orden (p. 135). Para el caso colombiano, en la Constitución Política. Asimismo, el destacado jurista precisa que el Derecho puede ser observado únicamente como un sistema de normas a los cuales los hombres prestan o no conformidad, evento en el cual estamos frente al punto de vista estático o, desde una perspectiva dinámica, situación en la cual se pone el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas (p. 43).

Ciencia jurídica

La ciencia jurídica la identificamos con el estudio del Derecho positivo en vigencia en un territorio en una época determinada. Por eso, como lo advierte Calsamiglia (2000), una primera aproximación nos llevaría a considerar que la ciencia jurídica es aquel saber que trata de describir el Derecho positivo (p. 17).

Abelardo Torr  (2009) estima que lo que denominamos ciencia jurídica podemos llamarla ciencia dogmática del Derecho o simplemente dogmática jurídica y la define como “la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio, o mejor aún, la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico determinado, para su justa aplicación a la conducta intersubjetiva de la correspondiente comunidad social” (pp. 45 y 46).

García Maynes (1993) bautiza la ciencia jurídica como jurisprudencia técnica y señala que la misma tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación (p. 125). De esta forma podemos concluir con Radbruch (1993), la ciencia jurídica en estricto, o sea la ciencia dogmática del Derecho, la ciencia sistemática del Derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo (p. 9).

El profesor Rodrigo Noguera Laborde (1994), realiza un amplio recorrido sobre esta institución, ubicando sus inicios en Roma, especialmente en la tarea de los jurisconsultos de la época imperial clásica (Gayo, Ulpiniano, Papiniano, Modestino y Paulo, entre otros). Con todo, afirma el ilustre jurista que fue en siglo XIX cuando esta disciplina se desarrolló ampliamente con la aparición de tres grandes escuelas del Derecho. La primera, conocida como de la exégesis, que se caracteriza por haber

impulsado la expedición del Código Civil de Napoleón de 1804 y cuya tarea se centró en el estudio de las normas de dicho Estatuto. Luego, se destaca la escuela histórica del Derecho, con su máximo exponente Savigny que afirmaba que el Derecho es producto o manifestación del alma de los pueblos a través de sus expresiones más características como su lengua, tradiciones, religión, etc.

Finalmente, se encuentra la escuela liderada por John Austin en Inglaterra, conocida como escuela analítica de jurisprudencia y cuya finalidad se orientaba a encontrar los puntos comunes de los diferentes sistemas y sus diferencias más sobresalientes, con el fin de seleccionar de cada uno de ellos lo positivo y desechar lo que resultara inconveniente (p. 9).

El cuestionamiento sobre el carácter de ciencia del Derecho

Es común encontrar en muchos textos el cuestionamiento sobre el carácter de ciencia del Derecho, afirmándose con vehemencia por algunos que la ciencia jurídica no posee tal identidad por carecer de un objeto de estudio permanente en razón a sus continuas variaciones (por ejemplo, el concepto de familia). De esta forma, Kirchman, citado por Calsamiglia (2000) afirmaba en una célebre conferencia dictada en 1847 en la sociedad jurídica de Berlín que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura y que la jurisprudencia no es ciencia porque su objeto cambia” (p. 19).

La anterior aseveración encuentra su razón de ser en la equivocación de medir el Derecho con los criterios propios de las ciencias naturales, cuando en verdad debe ubicársele como una ciencia cultural⁴. Como lo afirma Noguera Laborde (1994), el Derecho es algo que estructura el hombre ya sea el Derecho natural o el Derecho positivo (p. 6).

Una mayor claridad sobre el tema en estudio se encuentra en la obra del profesor Jaime Giraldo Ángel (1999), quien explica que el Derecho como cualquier otra ciencia presenta dos niveles: el básico y el aplicado. Así, nuestra ciencia del Derecho puede ser visto como un producto cultural o como contenido normativo que surge de la primera. La primera perspectiva se dedica al estudio de los comportamientos sociales que presentan alguna importancia para el Estado, tales como el trabajo, la familia, las relaciones de producción, el delito, entre otros, con el fin de regularlos, promoverlos, prohibirlos, estimularlos o sancionarlos. Así surge el Derecho positivo de cada país.

Contando con ese Derecho positivo o ese conjunto de normas que autorizan o prohíben esos comportamientos, los abogados (jueces, litigantes) resuelven los problemas que se presentan en la sociedad y que son sometidos a su conocimiento. Esta es la dimensión del Derecho como ciencia aplicada. De esta forma, ratificando la condición de ciencia que debe reconocerse al Derecho, concluye el reconocido investigador:

El Derecho como ciencia tiene, por consiguiente, dos niveles: El primero se desenvuelve en la formulación de las hipótesis normativas que se consideran adecuadas para resolver los problemas de una comunidad, teniendo en cuenta los condicionamientos políticos, sociales y económicos dentro de los cuales ellas se deben desenvolver. Es el Derecho como ciencia básica, que constituye el objeto de la investigación sociojurídica.

El segundo parte de dichas hipótesis ya formuladas como postulados normativos, para aplicarlas a la solución de los conflictos para los cuales han sido elaborados. Es el Derecho como ciencia aplicada, que constituye el objeto de la investigación jurídica. (pp. 4 y 5).

En conclusión, siguiendo al profesor Monroy Cabra (1994), no hay duda que el Derecho es una verdadera ciencia (p. 26).

Derecho

En el presente apartado definiremos de manera provisional el concepto de Derecho pues debe advertirse que en el capítulo siguiente de este trabajo se adelanta un detallado estudio del mismo. De esta forma, aceptamos que una noción corriente lo relaciona con la ley y el orden. De esta forma, cuando se actúa conforme a las reglas se afirma que la persona se comportó según el Derecho. Por el contrario, cuando se aparta de esa normatividad, se sostiene que obró torcidamente y que debe recibir la condigna sanción.

Para esta visión preliminar transcribimos el concepto que sobre Derecho ha expresado algunos juristas partiendo de aquella elemental suministrada por Carnelutti (2004): “Conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres” (p. 2). Abelardo Torr⁵ (2009) le agrega a esta primera definición el carácter de obligatoriedad cuando afirma que el Derecho es el sistema de normas coercibles, que rigen la conducta humana en su interferencia intersubjetiva (p. 23).

Para el profesor colombiano Rodrigo Noguera Laborde (1994) el Derecho es el ordenamiento de la vida social, expresado en un conjunto de normas, inspirado en la justicia y la seguridad, y orientado hacia el bien común de la sociedad (p. 34). Muy cerca de esta definición transita el profesor Vescovi (2001): “Diremos, entonces, que el Derecho es el conjunto de normas de conducta inspiradas en el ideal de justicia e impuestas coercitivamente que al determinar las facultades y obligaciones de cada uno hacen posible la coexistencia social” (p. 29).

Filosofía del Derecho

Es conocido que la filosofía es una disciplina que pretende ofrecernos una visión amplia, exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana. De esta forma, como lo advierte García Máñez (1993), existe una gran diferencia

de las ciencias en general con la filosofía en la medida que las primeras son explicativas o demostrativas y no realizan juicios de valor, en tanto que la filosofía se formula dos preguntas fundamentales: ¿qué es el mundo? y ¿qué valor tiene? (p. 119).

Ahora bien, entendida la filosofía del Derecho como una rama de la filosofía, debemos concluir que su propósito es ofrecer una visión sobre qué es el Derecho y trata de ofrecernos, acerca del mismo, la verdad autónoma, el conocimiento último y definitivo (Máñez, 1993), o como lo sostiene Villar (1994) el objeto de la filosofía del Derecho, su objeto formal, es el todo del ser, o sea del Derecho.

El autor alemán Rodolfo Stammler, citado por Noguera (1994) es de la idea que la filosofía del Derecho es un saber sobre el Derecho con alcance absoluto, es decir, un conocimiento del Derecho desde el punto de vista de sus fundamentos y, como tal, indaga sobre el concepto y la idea del Derecho, vale decir, sobre lo que es el Derecho y sobre lo que el Derecho debe realizar.

Por su parte, el jurista italiano Del Vecchio, según la cita de Torr  (2009), define la filosofía jurídica "como la disciplina que estudia el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y caracteres generales de su desarrollo histórico y lo valora según el ideal de justicia trazado por la pura razón.

De esta forma podemos concluir que mientras la ciencia jurídica se ocupa de analizar las normas vigentes en un país en un momento determinado, es decir del estudio formal del Derecho, la filosofía del Derecho se preocupa por realizar una reflexión crítica sobre el Derecho, de sus valores y metas. O, como lo afirma Reale (1989) al establecer: ¿Qué es el Derecho? ¿En qué se funda o cómo se legitima el Derecho? Y ¿cuál es el sentido de la historia del Derecho?

Referencias

- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Calsamiglia, A. (2000). Ciencia jurídica. En Garzón Valdés, E. & Laporta, F. J. (Eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, tomo "El derecho y la justicia". Madrid, España: Editorial Trotta.
- Carnelutti, F. (2004). *Cómo nace el Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- García Máynez, E. (1993). *Introducción al estudio del Derecho*. Cuadragésimo quinta edición. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A.
- Giraldo Ángel, J. (1999). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Octava edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*. (1998). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del Derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1953). *Teoría pura del Derecho*. Francia: Editions de la Bacóniere
- Monroy Cabra, M. G. (1994). *Introducción al Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Nino, C. S. (1991). *Introducción al análisis del Derecho*. Cuarta edición. Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A.
- Noguera Laborde, R. (1994). *Introducción general al Derecho*. Bogotá, Colombia: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Radbruch, G. (1953). *Introducción a la filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Recasens Siches, L. (2006). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Reale, Miguel. (1989). *Introducción al Derecho*. Madrid, España. Ediciones Pirámide.
- Rocha Ochoa, C. (2006). *Manual de introducción al Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Santofimio Gamboa, J. O. (1998). *Derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Torré, A. (2009). *Introducción al Derecho*. Decimosexta edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Vescovi, E. (2001). *Introducción al Derecho*. 20.^a edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Villar Borda, L. (1994). *Ética, Derecho y Democracia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Gustavo Ibáñez.

¿Qué es el Derecho?

Gentil Eduardo Gómez Peña

Generalidades

Para algunos autores, Derecho —en sentido etimológico— proviene de las voces latinas *directum* y *dirigere* que significa conducir, enderezar, gobernar, llevar rectamente una cosa de un lugar a otro. Por consiguiente, en sentido amplio es sinónimo de recto, igual, neutro, sin torcerse o desviarse y, en sentido *restringido* quiere decir *jus*, expresión que en la antigua Roma se le daba al derecho creado por el hombre en oposición a *Fas* o derecho sagrado. Según Ossorio, Derecho es “la norma que rige, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas para hacer posible la convivencia social” (1981, p. 226).

Las personas son, en principio, libres para actuar y desenvolverse acorde a su naturaleza. Sin embargo, en sociedad, esta libertad no es plena: se encuentra restringida por reglas aplicables por igual a todos los integrantes del cuerpo social, que están orientadas a disciplinar las relaciones de los individuos entre sí. De ahí, dice Petit, la palabra derecho, que se deriva de voz latina *dirigiere*, enlaza una regla de conducta. De este modo, dice este mismo autor, “el Derecho es el *conjunto* de reglas que rigen las relaciones sociales” (1988, p. 15).

El derecho es esencial en toda sociedad. Es una necesidad humana; no puede existir un conglomerado social sin un cuerpo de normas que regule la conducta del individuo como miembro de la colectividad. Aún los pueblos

más primitivos fueron gobernados por normas obligatorias dictadas por los jefes o caciques que regulaban el comportamiento interno de cada tribu y sus relaciones con otros pueblos¹. El orden jurídico con la intervención de una autoridad encargada de hacerlo cumplir es fundamental para la convivencia pacífica de toda agrupación humana, pues el Derecho es un elemento cohesionador que garantiza su existencia. La ausencia de reglas directivas conduce al caos y a la anarquía total, porque cada cual pretenderá actuar a su voluntad, imponer sus propias reglas y hacer justicia por sí mismo. Por medio del Derecho, los inevitables conflictos que se suscitan entre los individuos se resuelven de forma pacífica conforme a las reglas dictadas por la sociedad. El Derecho, dice Jossierand:

Evoca en todas las lenguas la idea de dirección: (...); siempre y en todas partes lleva envuelta la idea de dirección, de rectitud, de disciplina; siempre y en todas partes, el Derecho puede ser definido con toda sencillez: la Regla social obligatoria. (T. I. V. I. 1952, p. 4).

Esta compleja regla social se vuelve más confusa en la medida en que se desarrolla y perfecciona. El Derecho le asigna al individuo en sociedad su lugar y le indica los derechos de que goza y que puede ejercitar con el amparo de los poderes públicos, así como también sus obligaciones y las consecuencias en caso de obrar contrario a las reglas de convivencia social. No obstante, dice Jossierand, el Derecho no pone fin a las diferencias entre los individuos ni garantiza una perfecta armonía entre los asociados, porque como lo anota Ihering (citado por Jossierand, 1953, p. 4), “la vida del Derecho es lucha, lucha de los pueblos, del Estado, de las clases, de los individuos”, pero por lo menos, agrega Jossierand, permite resolver pacíficamente los inevitables conflictos al dar al individuo, lesionado en su persona y en sus bienes, la posibilidad de dirigirse a los tribunales y de obtener por medio de ellos, sin hacerse justicia así mismo,

la cesación y la reparación de la injusticia sufrida.” (T. I. V. I. 1952, p. 4). Integrado el individuo a la sociedad, la justicia se vuelve más pacífica, porque las diferencias que surgen no se resuelven individualmente a criterio de cada cual, sino “socialmente” de acuerdo con las reglas dictadas por la comunidad.

En armonía con lo anterior, si el derecho es *Regla social obligatoria* como lo afirma Josserand, y lo que es obligatorio lleva atado el concepto de sanción, significa entonces que el derecho, con el fin de amparar los derechos que le otorga a los individuos y de hacer cumplir las obligaciones que les impone, la autoridad normativa debe consagrar en una norma la amenaza de un daño para el caso de vulneración o de incumplimiento (Nino, 2003), que de no ser así, las reglas de comportamiento humano en sociedad dictadas para tal fin, serían vanas.

La sanción —dice García Máynez— puede ser definida como *consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado*. En criterio de este autor, la sanción tiene carácter secundario, puesto que para su aplicación se requiere, como supuesto jurídico, la inobservancia de los deberes impuestos por una norma sancionadora², es decir, que la sanción, como consecuencia jurídica que una norma establezca, no puede aplicarse si no se ha infringido una norma que prohíba la realización de una determinada conducta.

Las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico para los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas, según la doctrina, son:

- a. La ejecución forzada, que tiene lugar cuando el deudor no cumple voluntariamente la obligación y el acreedor, autorizado por la ley, constriñe al deudor por vía judicial para hacer efectiva la prestación.

- b. El resarcimiento, reparación o indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por una conducta antijurídica.
- c. Las penas. De ellas existen sanciones penales, las penas civiles, sanciones administrativas y disciplinarias.
- d. La nulidad de los actos jurídicos.

La pena o *sanción* que las normas imputan a las infracciones o violaciones del derecho penal —dice Hart— buscar crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades. Agrega el autor, que existen también normas que regulan la responsabilidad extracontractual, cuyo objetivo primordial es resarcir a los individuos los daños sufridos como consecuencia de la conducta de otros, y las reglas determinan qué tipos de conducta constituyen ilícitos civiles³ que dan lugar a acciones judiciales, imponen a las personas, con prescindencia de sus deseos, deberes u obligaciones de abstenerse de tal conducta. (1961)

Derecho romano

Previo al análisis del concepto de derecho, precisa hacer una breve referencia al derecho romano, raíz de nuestro derecho, que permita una idea clara del tema materia de estudio. Roma fue fundada en el año 753 a. C. De Roma, se conocen tres grandes períodos de su historia: la monarquía a partir su fundación; la República, de 509 a. C. al 27 a. C.; el imperio del 27 a. C al 476 d. C.).

Desde el punto de vista de la aplicación del derecho en Roma, la historia muestra su evolución a través del tiempo, así: en la fase del antiguo proceso romano, el juez se presenta como como una especie de **árbitro**, casi de funcionario privado, que decide a su criterio en lo que la

ley no da solución, con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas.

En los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba, reunidos en centurias (unidades político-administrativas formada por cien hombres) o por tribus (circunscripción territorial a la que se adscribían los ciudadanos romanos), lo que excluía la posibilidad de que existieran reglas especiales e inclusive una apreciación jurídica de la prueba.

Luego, durante el imperio, el juez deja de ser un árbitro para *representar al Estado* en la función de administrar justicia y el proceso se convierte en un instrumento de certeza y paz indispensable. Nace así el concepto de la *función judicial* que deriva de la soberanía del Estado.

Para algunos autores, la grandeza de la república romana se debió al poder judicial y la garantía que ofrece ese poder se debe el severo cumplimiento de las leyes procesales (Urrutia, citado por Escobar, 2013). Ulpiano extendió el carácter del derecho al de moral y lo identificó con ella y, sobre esta base, afirma que el derecho es: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que le es debido.

En las institutas de Justiniano⁴, se definió el derecho como “conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto” Esta definición —dice Muñoz— “tiene el defecto de confundir el orden divino con el humano, en la primera parte; en la segunda, se ciñe más a un criterio de derecho, aunque suele confundirse con el sentido de jurisprudencia” (1993, p. 36-37).

El derecho romano irradió gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, dentro de ellos los países de América Latina, que siguiendo su línea de pensamiento elaboraron sus códigos e incorporaron en ellos sus instituciones fundamentos y principios, quedando así inmerso en la cultura jurídica de los pueblos el espíritu romanista del derecho que los ha guiado hasta nuestros

días. Esta la razón para que, en todo estudio sobre temas de naturaleza jurídica, convenga hacer referencia a la historia, principios e instituciones del Derecho romano.

Según Morales, en épocas de la antigua Roma se tuvo un concepto material del derecho basada en la orden impartida por el jefe o conquistador e impuesta coactivamente, y se caracterizó por ser formalista, egoísta, rígido lo que le hizo merecer el calificativo de derecho estricto (*ius strictum*).

Dice también, que en aquel tiempo el derecho se ligó a la religión y a la moral porque la ley se consideraba como una manifestación de la voluntad de los dioses, y que, por esta razón, tenía carácter de santidad e inmutabilidad.

Ulpiano extendió el concepto del derecho al de moral, lo identifica con ella y, en este entendido, sostiene que el derecho es:

- a. Vivir honestamente (*Honeste vivere*)
- b. No dañar a nadie (*neminem laedere*)
- c. Dar a cada uno lo que es debido (*suum cuique tribuere*).

Respecto de este concepto de derecho ligado a la moral, se ha dicho que adolece de imprecisión, porque de los tres principios enunciados pilares de su noción, solo el primero cabe dentro del concepto de la moral. De los restantes, dice, sí encajan dentro de una regulación jurídica para garantizar el derecho ajeno.

En el Digesto⁵ —dice Morales— siguiendo a Ulpiano, se clasifica el derecho en público y privado. El primero se entiende como organización del Estado, de las magistraturas, del culto, del sacerdocio; el segundo está destinado a regular los intereses de los particulares entre sí, a determinar la condición de las personas y a garantizar los derechos de las mismas y de su patrimonio (1993).

Petit, por su parte, valora el derecho romano desde el punto de vista de los principios de derecho considerados la esencia de su tradición jurídica.

El Derecho romano, dice Petit “es el conjunto de los principios de derecho que ha regido la sociedad romana en las diversas etapas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano” (1988, p. 17). Estos principios han permanecido intactos en la conciencia jurídica de todos aquellos pueblos que el Derecho romano irradió, aunque tendencias modernas se esfuerzan por imponer nuevos conceptos.

El Derecho romano se recibió con gran fervor en América Latina. Instituciones importantes adoptadas por muchos ordenamientos, dentro de ellos el nuestro, como la declaración de la voluntad⁶, el enriquecimiento ilegítimo⁷ o sin causa, el cuasicontrato⁸, entre otras, fueron incorporadas en sus códigos. En Chile, don Andrés Bello no solo se inspiró en sus fundamentos⁹ y principios¹⁰ para la elaboración del Código Civil de este país, la cual tuvo una recepción bastante amplia en América Latina, sino que además promovió y desarrolló su enseñanza bajo la forma de las instituciones. Las instituciones del Derecho romano de don Andrés Bello son consideradas “la base y el fruto de una actividad docente destinada específicamente a la preparación inicial del jurista”. Bello, enseñó en su actividad docente a la que dedicó su vida, que

El Derecho romano ha de estudiarse primera y ampliamente, o sea que es propedéutico con relación a las demás disciplinas, por un motivo de carácter lógico: en él se encuentran los principios generales de los cuales se deducen las varias soluciones particulares, los principios de un todo que tiene carácter sistemático e implica una enseñanza de esa naturaleza. (Schipani, 1989, p. 11).

No obstante, la importancia que tiene el Derecho romano para los ordenamientos que recibieron su influencia, algunos autores en los últimos tiempos han