



Lecciones de introducción al Derecho

Tercera edición

Hernando A. Hernandez
Edición académica

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
Tercera edición

Hernando A. Hernández Quintero
Edición académica

Hernando A. Hernández Quintero
Gentil Eduardo Gómez Peña
María Cristina Solano de Ojeda
Olga Lucía Troncoso Estrada
Carlos F. Forero Hernández
Juan Manuel Barrero Arbeláez
Alexander Cruz Martínez

Ibagué, Colombia
Marzo de 2023

340.1

L457 Lecciones de introducción al Derecho (3.a ed.) / Hernando A. Hernández Quintero, Gentil Eduardo Gómez Peña, María Cristina Solano de Ojeda, Olga Lucía Troncoso Estrada, Carlos F. Forero Hernández, Juan Manuel Barrero Arbeláez, Alexander Cruz Martínez; coordinación editorial: Hernando A. Hernández Quintero.
Ibagué: Universidad de Ibagué, 2023
325 p., 17 centímetros

ISBN Digital 978-958-754-406-0

Descriptores: Derecho; Filosofía del derecho; Ciencia jurídica; Justicia; positivismo jurídico; Realismo jurídico; Hermenéutica jurídica; Ramas del derecho; Poder, estado y derecho jurídica.

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Marzo de 2023

© Universidad de Ibagué, 2023

Autores: Hernando A. Hernández Quintero, Gentil Eduardo Gómez Peña, María Cristina Solano de Ojeda, Olga Lucía Troncoso Estrada, Carlos F. Forero Hernández, Juan Manuel Barrero Arbeláez, Alexander Cruz Martínez, 2023.

Cómo citar esta obra: Hernández Quintero, H. A. (Ed.). (2023). Lecciones de introducción al Derecho (3.a ed.). Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/9789587544060>

Dirección editorial: Ediciones Unibagué
ediciones@unibague.edu.co
Universidad de Ibagué
Carrera 22, calle 67. Barrio Ambalá
Teléfono: +57 608 2760010
Ibagué, Tolima, Colombia.
www.unibague.edu.co

Portada
Civitas veri sive morvm
The Public Domain Review

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

Contenido

Presentación.....	9
Precisiones terminológicas	11
Introducción.....	11
Ordenamiento jurídico	11
Sistema jurídico.....	13
Ciencia jurídica	14
Derecho.....	17
Filosofía del Derecho	17
Referencias	18
¿Qué es el Derecho?	21
Generalidades.....	21
Derecho romano	24
Concepto de Derecho.....	28
El carácter coactivo del derecho	32
El Derecho como norma de conducta	33
Diversas acepciones del Derecho.....	34
Referencias.....	36
El concepto de justicia	39
Introducción.....	39
Concepto de justicia	40
El concepto de justicia en Colombia	52
Conclusiones	55
Referencias.....	56
El origen y los fines del derecho	59
La norma como emanación divina.....	59
La norma como mecanismo de protección de un orden cultural	60
La norma como producto del consenso social	60
Funciones del Derecho.....	63
Referencias.....	65

El Iusnaturalismo.....	67
Referencias.....	73
El positivismo jurídico	75
Origen y concepto del positivismo jurídico.....	76
Matices del positivismo jurídico.....	77
Referencias.....	81
Realismo jurídico.....	83
Concepto de realismo jurídico.....	87
Realismo jurídico o nuevo realismo jurídico.....	89
Corrientes del realismo jurídico	91
Etapa postrealista	96
El realismo jurídico en la jurisprudencia nacional	98
Conclusiones	104
Referencias	105
Derecho, sistema social y obediencia	
Introducción.....	109
El concepto de derecho: entre el positivismo y el iusnaturalismo.....	110
Derecho y sistema social.....	114
Existencia, eficacia y validez de las normas	117
El elemento coercitivo en el derecho.....	119
Obediencia y resistencia	124
Reflexiones finales	127
Referencias.....	128
La norma jurídica	131
Introducción.....	131
El carácter coactivo: Principal característica de la norma jurídica.....	132
La noción de norma jurídica.....	133
La estructura de la norma jurídica	135
Clasificación de las normas jurídicas	136
Referencias.....	140
Conceptos básicos del derecho	143
Introducción.....	143
Concepto jurídico de persona.....	143
La persona física	144
Hecho jurídico	154
Sanción.....	159
Responsabilidad.....	164
Deber jurídico	171
La relación jurídica.....	173

El derecho subjetivo	174
Capacidad jurídica.....	179
Jurisdicción.....	180
Competencia	185
Referencias.....	189
El derecho y su relación con otras ciencias	193
Derecho y moral	193
Derecho y sociología	197
Derecho y economía.....	199
Derecho y psicología	201
Derecho e historia.....	202
Derecho comparado.....	205
Referencias.....	208
Las fuentes del derecho.....	211
Concepto.....	211
Principios de las fuentes del derecho	213
Clasificación de las fuentes del derecho.....	215
Referencias.....	232
Jurisprudencia.....	233
La hermenéutica jurídica	235
Integración del derecho	235
¿Qué se entiende por integración del derecho?	236
Analogía	239
La costumbre como mecanismo de integración.....	241
Principios constitucionales.....	242
Principios generales del derecho	242
Algunos principios generales del derecho.....	243
Conflicto de la Ley en el espacio y en el tiempo	250
Conflictos de leyes en el tiempo	254
Referencias.....	257
Métodos de interpretación de la norma jurídica	259
Interpretación sintáctica y literal.....	263
Interpretación lógica	265
Interpretación histórica	269
Interpretación sistemática	273
Conclusiones	276
Referencias.....	278
Las ramas del derecho	281
Introducción.....	281

Derecho público y derecho privado	281
Las ramas del derecho en Colombia	288
Referencias	305
Poder, Estado y derecho	307
Introducción.....	307
El poder.....	308
El Estado	311
Las funciones del derecho en relación con el poder del Estado	313
Conclusiones	320
Referencias.....	320
Autores	323

Presentación

Una de las tareas fundamentales de un docente es la de escribir las lecciones que a diario imparte en su asignatura, con el claro propósito de que sus alumnos puedan repasar la información recibida durante la clase y, desde luego, para que amplíen las fuentes de consulta a partir de la doctrina y la jurisprudencia que incluya en la bibliografía, la cual debe actualizar en forma permanente.

Fieles a este propósito, el grupo de profesores del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué, que hemos tenido la oportunidad de regentar la cátedra de Introducción al Derecho, decidimos preparar un texto guía para los estudiantes que inician su carrera y que, como ninguno otro, requieren de apoyo para sus estudios, especialmente contando con material preparado por sus propios docentes.

La tarea comentada permite también construir y estimular un permanente diálogo entre los profesores y trabajar mancomunadamente en la selección y preparación de los distintos temas que debe contener el plan de estudios que se imparte y, particularmente, las dificultades que surgen en el entendimiento de las diversas áreas del derecho.

La primera versión de nuestro trabajo, con el nombre *Lecciones de introducción al derecho*, vio la luz en la publicación conocida como Notas Universitarias, precisamente por tener esa característica. En ella contribuyeron los docentes: Olga Lucía Troncoso Estrada, María Cristina Solano Ospina, Hernando A. Hernández Quintero y Gentil Eduardo Gómez Peña.

Más tarde, en el año 2014, con la introducción de nuevos temas elaborados por los mismos docentes, se entregó una segunda versión ampliada de las Notas Universitarias.

Para el año 2015, con motivo de los primeros veinte años de fructífera existencia de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, se decidió publicar, en formato de libro, la primera edición de *Lecciones de Introducción al Derecho*. Este trabajo fue reimpresso en dos oportunidades (2018 y 2020).

Al arribar la Facultad en el 2020 a sus veinticinco años de creación, se realizó una segunda edición en la que se incorporó un trabajo del profesor Carlos F. Forero, egresado del Programa y luego docente de la asignatura motivo de nuestro trabajo. Esta edición apareció en julio de 2021 en formato PDF y en 2022 en formato ePub.

Ante la acogida que el texto ha tenido en la comunidad universitaria y el compromiso indeclinable de mantenerlo actualizado, en las manos del lector se encuentra la tercera edición, la cual ha sido enriquecida con contribuciones del doctor Alexander Cruz Martínez, Decano de nuestra Facultad a partir del presente año y el doctor Juan Manuel Barrero Arbeláez, ambos profesores de la asignatura de Introducción al Derecho y egresados de nuestro Programa.

Hoy, una vez más, agradecemos a los estudiantes de nuestra Universidad y de otros centros de educación que han tomado este trabajo como texto orientador en sus estudios de derecho, al igual que a los profesores que, con devoción, han preparado, revisado y actualizado sus aportes para la publicación. Especial gratitud para la doctora Silvia Estefanía Gamba y su equipo de trabajo en Ediciones Unibagué, por su incondicional apoyo en el logro de este proyecto académico

Hernando A. Hernández Quintero
Profesor Universidad de Ibagué

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.).

¹ Como lo afirma Kelsen (1953), “La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera constitución más allá de la cual no es posible remontarse”. (p. 40)

² En sentencia C- 225 de 1995, la Corte Constitucional precisó el alcance del concepto de Bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: “Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

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).

³ En Colombia han sido frecuentes las acciones de tutela incoadas por estudiantes a quienes se ha sancionado por los colegios por no cortarse el cabello, alegando el incumplimiento del Manual de Convivencia. La alta corporación ha obligado en muchas ocasiones a revocar la sanción por violación al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política.

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).

⁴ Sobre este concepto ha expresado Recasens Siches (2006) "Pues bien, el derecho, las normas jurídicas, en tanto que son vividas actualmente, re-vividas, en tanto que son cumplidas por sus sujetos y, en tanto que, llegado el caso, individualizadas por los órganos jurisdiccionales quienes imponen inexorablemente su ejecución, constituye una parte de la cultura de un pueblo; pertenecen el reino de lo que podríamos llamar cultura viva. No porque a la cultura en tanto que tal le corresponda una vida propia; sino porque personas vivas reproducen unas determinadas pautas culturales y, en su caso, las transforman" (p.27)

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 Torr  s⁵ (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 Máynez (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:   qu   es el mundo? y   qu   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

⁵ Se trata del seudónimo que utilizo el profesor argentino   ngel Divito.

sobre qué es el Derecho y trata de ofrecernos, acerca del mismo, la verdad autónoma, el conocimiento último y definitivo (Máynez, 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 Torré (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 Josserrand:

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 Josserrand, 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 Josserrand, 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 Josserrand, 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

¹ En materia de comercio, por ejemplo, los pueblos enemigos, ante la necesidad de satisfacer sus necesidades básicas para la subsistencia, cuando uno de ellos carecía de dichos bienes que si tenía o producía el otro, se fijaban entre ellos reglas que permitía intercambiar recíprocamente sus mercancías sin agredirse. Cuenta Herodoto, “cómo los pueblos norafricanos enemigos, establecían treguas para comerciar, y cómo no establecían contacto directo sino que los oferentes de una mercancía la colocaban en la playa y se retiraban; venían los presuntos comparadores y ponían al lado lo que ofrecían en cambio, y se retiraban también, y si los oferentes estimaban justa la contraoferta, recogían la mercancía y se retiraban para que los del otro bando recogieran la que se les dejaba en cambio.” (Cit. Cervantes, 1984, p.3)

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 Josseland, 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

² García Máynez incluye dentro de la clasificación que hace de las normas jurídicas, desde el punto de vista de sus relaciones de complementación, las que denomina normas *sancionadoras* e indica que estas son aquellas que establecen la sanción, que no siempre se refieren a normas contenidas en textos legales (2003).

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,

³ Echandía expresa que hay casos en que, a pesar de causarse daño en los derechos patrimoniales, no se consideran como transgresiones del orden social, razón por la cual no se castigan con pena a los que se le denominan delitos y cuasidelitos civiles, por oposición a los delitos y a las culpas propiamente dichos o penales. (Gómez P.- Troncoso E., 2010).

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 fundamentales 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

⁴ Instituta, también llamadas instituciones, es una obra elemental destinada a la enseñanza del derecho, que en el año 533 redactaron los jurisperitos Triboniano, Teófilo y Doroteo, por encargo del emperador Justiniano. Posteriormente por la Constitución de Tanta, de 553, adquirió vigencia en el Imperio romano de Oriente. (Ossorio, 1981).

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

⁵ El Digesto, es la compilación orgánica de todo el derecho romano disperso en forma de leyes, senadoconsultos, edictos y obra de los jurisconsultos, que Justiniano I, emperador de Bizancio, promulgó en el siglo VI. Cronológicamente se le considera el primer código de los romanos. (Ossorio, 1981)

⁶ El derecho romano sobre la declaración de voluntad estipula: “El deudor no se encuentra obligado sin convenio sino en dos cosas excepcionales: Uno, del derecho antiguo, el voto, promesa a una divinidad que es obligatoria por sí misma, sin acuerdo de voluntades... otra del derecho reciente, la peticitación hecha, que en el derecho imperial es obligación por sí misma, cuando se hecha en virtud de una justa causa...(Girard, p. 480).” Borja Soriano, Manuel, teoría general de las obligaciones, 15 edición, editorial Porrúa, México, 1997, p. 295).

⁷ Sobre el enriquecimiento ilegítimo el Derecho romano en el Digesto dice: “Es de derecho natural y de equidad que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.” (Borja Soriano, Manuel, ob. cit. p. 322).

⁸ Sobre el cuasi contrato, en las Institutas de Justiniano, el derecho romano establece: “Después de la enumeración de los diversos géneros de contratos, tratamos de aquellas obligaciones que no nacen, propiamente hablando, de un contrato, sino que, no tomando la fuente en un delito, parecen nacer como de un contrato.” (quasi ex contractu)” (Borja Soriano, Manuel, ob. cit. p. 343.)

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 negado su utilidad en tiempos modernos, pues consideran que, dada su antigüedad, “de renovarse, su enseñanza sería como un último resto de la escolástica de la Edad Media”¹¹ (Petit, 1988, p. 17). Otros, con criterio diferente, fieles a la tradición jurídica romanista defienden con tesón su utilidad actual. Así, Petit, resalta su conveniencia en época contemporánea de la siguiente manera:

- El Derecho Romano tiene una utilidad histórica. Afirma, que la legislación romana tiene por orígenes la costumbre y el Derecho romano. Recuerda, que títulos enteros del Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, han sido extraídas del Derecho Romano. Por consiguiente, sostiene, que, para un cabal

⁹ Se entiende por fundamento jurídico la “base sobre la que estriba el derecho, la razón principal y motivo último en que asienta, afianza y asegura el mundo juridicosocial” (Herrera Figueroa, cit. Ossorio, 1981, p. 330).

¹⁰ Para la doctrina positivista, “los principios generales son aquellos que históricamente y en forma contingente han inspirado u orientado una legislación determinada. Para la posición iusnaturalista, la expresión principios generales de derecho se refiere a los principios universales y eternos de la justicia.” (Monroy, 1998, p. 325).

¹¹ *Escolástica* viene del latín *schola* que significa escuela. La escolástica “Es la enseñanza y la doctrina de la escuela, a saber, la filosofía y la teología enseñadas en las escuelas medioevales desde el siglo xi. Una característica relevante de la escolástica era el método: la *lectio* o la exposición comentada de los autores estudiados, y la *disputatio* o el examen de un problema. Entre las fuentes doctrinales están San Agustín, los padres de la Iglesia Aristóteles y el aristotelismo.” (Florián, Víctor, Diccionario de Filosofía, Editorial Panamericana, Bogotá, 2002, p. 111).

entendimiento de sus disposiciones, es fundamental conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen, pues es el medio más seguro de conocer y apropiarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor.

- El Derecho Romano debe ser estudiado como un *modelo*. Sostiene el autor, que este Derecho no incluye solamente leyes, sino también, y sobre todo, las aplicaciones hechas por jurisconsultos, las cuales se caracterizaron por “una lógica notable y por una gran delicadeza de análisis y de deducción” (Petit, 1988, p. 17), forma perfecta de interpretación jurídica muy útil para quienes se inician en el estudio del Derecho.
- El conocimiento del Derecho Romano es, además, para el estudio del Derecho, un poderoso auxiliar. Ilustra, que, salvo Inglaterra donde se aplica el Derecho consuetudinario, el Derecho Romano constituye la esencia de las principales legislaciones europeas. Así, por ejemplo, el Derecho alemán es una combinación del Derecho germánico y del romano. España tiene como cimiento legislativo el Derecho Romano y el Derecho canónico, y en Italia, el Código Civil de 1865 tuvo como fuente de inspiración las leyes romanas, lo cual indica que muchos ordenamientos jurídicos del mundo se encuentran íntimamente ligados al Derecho Romano porque tomaron de él sus instituciones, fundamentos y principios.
- El Derecho Romano es indispensable para comprender la historia y la literatura romanas. En Roma, dice Petit, más que en cualquiera otra parte, los ciudadanos, por inclinación natural y por el sistema de organización judicial, estaban instruidos para la práctica del Derecho. “También el lenguaje de los historiadores y literatos de roma está profundamente impregnado de dichas dos características, quedando muchos pasajes sin comprender por parte de quienes ignoran el Derecho Romano, de lo cual da fe desgraciadamente, las traducciones.” (Petit, 1988, p. 17-18).

Concepto de Derecho

La doctrina ha expresado que los estudiosos del Derecho, al pretender dar una definición satisfactoria y concisa sobre este tema, encuentran serias

dificultades para lograrlo, más de lo que puede ocurrir con otras ciencias, en el momento de definir el objeto de su estudio.

Según Hart, la definición del derecho encuentra tres problemas recurrentes: ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? Afirma este autor, que el principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la naturaleza del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades a cerca de estas tres cuestiones.

Luego de un detallado análisis tendiente a demostrar la dificultad y dudas que se presentan al momento de definir el derecho, dada la diversidad de significados que ofrece la palabra *derecho*; de indicar lo dispendioso que resulta para su definición fijar límites o discriminar un tipo de cosas y otra; de señalar el obstáculo que se presenta al momento de dar el concepto de *reglas de conducta* que, en su sentir, el concepto de regla es tan desconcertante como el del derecho mismo; y luego de indicar que aún connotados juristas que, aunque conocen el derecho, tienen “mucho respecto del mismo y de sus relaciones con otras cosas que no pueden explicar y que no entiende plenamente,” expresa que no es su propósito “dar una definición de derecho, en el sentido de una regla según la cual se pueda poner a prueba la corrección del uso de la palabra”. Su propósito —agrega el autor— “es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral como tipos de fenómenos sociales.” (1961, p. 16-20).

En criterio de Nino, la dificultad para definir el derecho tiene su origen en el hecho de que los juristas y el común de la gente se encuentra atada a la idea clásica sobre la relación entre el lenguaje y la realidad que impide tener una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso *Derecho*. (p.11).

Para este autor, esta palabra es confusa, ambigua y vaga. Ambigua, porque tiene varios significados estrechamente relacionados entre sí,

puesto que puede utilizarse para referirse al *derecho objetivo*,¹² al *derecho subjetivo*¹³, a la *investigación*, al estudio de la realidad jurídica como objeto del Derecho en los dos sentidos que se acaban de mencionar. Y, es *vaga*, por cuanto “no es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa” (2003, p.14). Es decir, porque que no tiene un significado único que permita, en el uso ordinario del lenguaje, ubicarlo en el sentido estricto de la ciencia.

Se afirma, que cuando se desea construir un concepto, en él deben aparecer sus factores esenciales “de tal manera que la noción abarque la totalidad de sus manifestaciones puesto que, si alguna de ellas quedare por fuera de la definición, evidentemente la labor científica habría resultado infructuosa” (Bohórquez, 1998, p. 20). Así pues, si el vocablo derecho utilizado para referirse a esta ciencia carece de las propiedades que deben estar presentes en todos los casos donde la palabra se usa, el concepto así empleado es insostenible, no es científico.

Así, algunos autores le atribuyen al derecho, como propiedad en el lenguaje corriente, la coactividad, pero ocurre que no siempre está presente esta característica, como por ejemplo en el Derecho Civil en donde la mayor parte de las normas no contienen una sanción. Por ejemplo, el artículo 1495 del Código Civil que define el contrato no contiene una sanción, ni el artículo 1618 que refiere a la intención de los contratantes como regla de interpretación de los contratos tampoco incorpora una sanción.

También se ha propuesto como cualidad necesaria del concepto de Derecho que se trate de normas o reglas promulgadas por una autoridad, pero es evidente que la costumbre¹⁴ no tiene esta propiedad. Otros indican como propiedad característica del Derecho que constituye reglas generales aplicables a todas las personas sin distinguir alguno, pero se choca con el caso de las sentencias judiciales que estructuran normas particulares.

No obstante, concluye Nino, la imprecisión de la palabra Derecho no quiere decir que no sea posible incorporarla a un sistema teórico alejada

¹² Conjunto de normas jurídicas que forman el ordenamiento vigente: leyes, decretos, costumbres, sentencias, etc.

¹³ Facultad o poder reconocido a los individuos por el derecho objetivo.

¹⁴ Costumbre viene del latín *consuetudo* y significa “Regla de derecho que funda su valor en la tradición y no en la autoridad del legislador. Se opone al derecho escrito.” (Capitant. Henri, Vocabulario Jurídico. Traducción de Aquiles Horacio Guaglianone), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p.171).