

# Teoría general del derecho

Rogelio Enrique Peña Peña

ECOE EDICIONES



## **ROGELIO ENRIQUE PEÑA**

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

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





# Teoría general del derecho

Rogelio Enrique Peña Peña

*Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia*

Peña Peña, Rogelio Enrique

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

182 p. – (Ciencias políticas. Derecho)

Incluye bibliografía

ISBN 978-958-648-750-4

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

CDD: 340.1 ed. 20

CO-BoBN– a780630

Colección: Ciencias Humanas

Área: Derecho

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

ISBN: 978-958-648-750-4

© Rogelio Enrique Peña Peña

© Ecoe Ediciones

E-mail: correo@ecoeediciones.com

www.ecoeediciones.com

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

Coordinación editorial: Alexander Acosta Quintero

Diseño y diagramación: Denise Rodríguez Ríos

Diseño de carátula: Edwin Penagos Palacio

Impresión: Xpress estudio gráfico y digital

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

*Impreso y hecho en Colombia.*

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





## TABLA DE CONTENIDO

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

|  |   |           |
|--|---|-----------|
| 5.   | Principales expositores de la Escuela de Derecho Natural .....      | 27        |
| 5.1.   | Hugo de Groot.....  | 27        |
| 5.2.   | Thomas Hobbes .....   | 27        |
| 5.3.   | Benito Spinoza .....  | 28        |
| 5.4.   | John Locke.....   | 28        |
| 5.5.   | Samuel Pufendorf.....   | 28        |
| 5.6.   | Cristian Tomasio .....  | 28        |
| 6.   | Opiniones antiusnaturalistas.....                                   | 29        |
| 7.   | La obra de Rousseau. Plenitud de la Escuela de Derecho Natural..... | 29        |
|  | Citas bibliográficas.....   | 31        |
| <b>CAPÍTULO III. OTRAS ESCUELAS FILOSÓFICAS.....</b>                 |   | <b>33</b> |
| 1.   | El derecho racional.....  | 33        |
| 2.   | El Historicismo .....   | 34        |
| 3.   | El empirismo jurídico .....   | 35        |
| 3.1.   | Positivismo sociológico .....                                       | 35        |
| 3.2.   | Positivismo jurídico .....  | 35        |
| 3.3.   | Positivismo crítico.....  | 36        |
| 3.4.   | Teoría General del Derecho .....                                    | 37        |
| 3.5.   | Otras corrientes del empirismo jurídico .....                       | 38        |
| 3.6.   | El Renacimiento Idealista.....                                      | 40        |
|  | Citas bibliográficas.....   | 43        |
| <b>CAPÍTULO IV. EXPERIENCIAS DOCTRINARIAS. LA NORMA JURÍDICA....</b> |   | <b>45</b> |
| 1.   | Experiencias doctrinarias sobre lo que es el derecho .....          | 45        |
| 1.1.   | Teoría de la institución.....                                       | 45        |
| 1.2.   | Teoría de la relación.....  | 46        |
| 1.3.   | Teoría de la normativa .....  | 46        |
| 2.   | La norma jurídica.....  | 47        |
| 2.1.   | Estructura de la norma jurídica .....                               | 47        |
| 2.1.1.   | La norma jurídica como juicio. Elementos .....                      | 47        |
| 2.1.2.   | La norma jurídica como juicio categórico.....                       | 48        |
| 2.2.   | Características de la norma jurídica.....                           | 48        |
| 2.3.   | Clasificación de las normas jurídicas.....                          | 49        |
|  | Citas bibliográficas.....   | 55        |

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

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

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

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

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

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

## CAPÍTULO I

# *Prolegómeno*

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

función de una reencarnación futura), del *nirvana* (estado del alma, tenido por perfecto, en el que, junto con los demás deseos ha sido suprimida el ansia de vivir) y *transmigración del ser* (pasar un alma de un cuerpo a otro), según opinan los que creen en la metempsicosis (designa la creencia en la transmigración de las almas). Propiamente significa reencarnación, paso del alma de un hombre a otro. En aquellas religiones que creen que todos los seres son animados, pudiendo pasar el alma de uno a otro entre los de distinta especie el término que le corresponde es realmente el de *metesonmatosis*. Este término se asocia a los de karma y nirvana(4). El príncipe *Siddhártha Gautama*, llamado *Buda* (el Sabio) fue el fundador del budismo, el *Iluminado* que a la sombra de una higuera creó "una aristocracia del espíritu éticamente depurada" y "aunque el verdadero fin que el budismo persigue solo es asequible dentro de la vida monástica"(5), "únicamente seis mandamientos se imponen: *no matar, no hurtar, no ser lascivo, no mentir, no beber bebidas embriagantes*", prohibiciones estas que constituyen el "*Pentálogo*". Hay además que observar la paciencia, la mansedumbre, el perdón y la benevolencia(6). Y como mandato sublime, el contenido en una de las más bellas máximas hasta ahora conocidas, aunque a veces se nos presenta de diferente procedencia: "*Hay que ser como el sándalo que perfuma al hacha que lo hiere*". Es decidida la devolución del bien por el mal.

**2.3.- China. Kung-tse. Lao-tse.-** "Desde el punto de vista histórico-universal la India ha sido un continente sobre todo pasivo, más caos que cosmos, mientras China ha sido y es una región del mundo rebosante de una conciencia histórica y política, matizada y extraña a tal extremo, que difícilmente encontraremos individualidad pareja en todo el panorama de la humana evolución. China supera en valor cultural a todos los agresores y opresores de todos los tiempos, está acostumbrada a calcular por siglos y ya por esto mismo es invencible; sus virtudes son difícilmente comprensibles... y nunca totalmente descifrables, lo que la hace tanto más sugestiva en su vastedad, imperial realmente y en riqueza formal"(7).

Realmente, de China se empieza a saber en forma clara y segura solo a partir del siglo VIII a.C. Y es así como llegamos a conocer su convicción de que la guerra es un mal necesario sólo utilizable para la defensa. Los principios de la convivencia y el Derecho son aplicados primordialmente a la constitución y organización del Estado, como el reparto razonable de la tierra, legislación penal, administración, es decir, 'ordenación de una gigantesca economía doméstica'. Sin embargo, el emperador, dios del mundo chino y como tal mediador entre el Cielo y la Humanidad y padre del pueblo al mismo tiempo, es paulatinamente subyugado por la creciente fuerza del feudalismo. Las pugnas dinásticas se suceden, pero en medio de la violencia y la miseria, surgen dos figuras en las que se asila la inmortalidad de un pueblo defendido por la majestuosa maravilla de sus murallas: son ellas Kung-tse, más conocido como Confucio y Lao-tse.

Confucio, ministro de justicia de Lu, como reformador político enseñaba que la virtud provenía del libre albedrío, destacándose cuatro aspectos para afianzar el orden racional en los Principados de su país: *sinceridad, benevolencia, piedad*

*filial y propiedad*(8). Para Confucio, '*conocer el bien y no hacerlo es cobardía*'. Siempre comedido, formalista, estadista destacado antes que apóstol religioso, siempre supo mostrar como una grímpola de su doctrina el mandato imperativo: "*Mantened vuestro corazón en lo justo*".

En cambio, tímido y solo, Lao-tse, asceta buscador de la luz interior, resume su espiritualidad y su bondad en palabras que son el aroma de la santidad, el abandono de los placeres, de los apetitos, de los afanes en busca de provechos y honores. '*Pagad al enemigo con buenas obras*' es el resumen de su obra y de su vida.

Esa era la situación en esa época en que la China de las familias unidas y de los señores inventores de nuevas dinastías se vivía con un orden público envainado en las máximas y sentencias de su filosofía milenaria, como nos lo cuenta el admirado Lin Yutang.

**2.4.- Israel.-** Sin respetar posiblemente el orden cronológico, pasamos a mencionar al pueblo que conoció personalmente a Jesucristo, muerto hace más de veinte siglos, pero sobreviviente al imperio que lo condenó a muerte, como lo ha manifestado Guillermo Zayas G. citado por Verónica Aguirre en su interesante obra sobre el '*Proceso de Cristo*'.

Hablamos de los lugares donde el Dios creador y riguroso provoca el pecado de las inefables delicias de la vida y permite que se derrame la primera sangre inocente, que bendice y fecunda el vientre de la madre de escogida estirpe; que enciende el fuego de las montañas de Moriah y hace brotar el agua fresca en la cima del Horeb, del que legisla en la cúspide del Sinaí, que castiga en Egipto la terquedad del Faraón para llevarle a la tragedia del Mar Rojo y detiene el sol para prodigar el triunfo de Josué; que determina la batalla donde muere lapidado el gigantesco filisteo; que ilumina la sabiduría y equidad de Salomón; que pone acero en la voluntad de Job, mansedumbre en los leones de Daniel y de mil actos más de origen sobrenatural. Hablamos, en fin del pueblo de los Diez mandamientos y las duras leyes estampadas principalmente en el Éxodo, el Levítico y el Deuteronomio, del que impone la Ley del Talión, castiga mortalmente la idolatría y por abominables al *homosexualismo*, el *secuestro* y el *sicariato*; donde se imponen las leyes que prescriben respeto a la autoridad y organizan el procedimiento para todo proceso e investigación hasta llegarle a ordenar a los dispensadores de justicia que no defrauden el derecho de los pobres en sus causas (Éxodo 23-6), ni acepten "regalos porque los regalos ciegan los ojos de los sabios y corrompen las sentencias de los justos" (Deut. 16.19).

La primera fuente del derecho hebreo fue la ley oral. Luego apareció el libro de la Alianza, que es la conocida Biblia, escrita en parte en hebreo y parte en la lengua utilizada por Jesús que fue el arameo. El *Pentateuco*, o sea los primeros cinco libros, fueron redactados por Moisés en el año 604 a.C. Pero como esta ley no satisfacía en su integridad las necesidades jurídicas del pueblo judío, en muchas y variadas ocasiones se siguió utilizando también la ley oral, que era la tradicional, las cuales formaron el '*Talmud*'.

En esta obra del saber judío se distinguen las siguientes partes:

1. *“La Mishná*, colección de preceptos y normas rabínicas.
2. *La Gemara*, comentarios a cuestiones difíciles de la Mishná.
3. *La Halaká*, serie de minuciosas reglas sobre ritos y ceremonias.
4. *La Haggadá*, cuentos, parábolas, anécdotas, leyendas, etc., insertados para ilustrar algún punto de la ley.

... En una de estas documentaciones talmúdicas también se encuentra registrado ‘El Proceso de Cristo’...”.

Las penas en el derecho hebreo, con los delitos a los cuales se aplicaban, son las siguientes:

Lapidación, para la seducción, el adulterio, la blasfemia, el incesto, la violación del sábado, el culto a dioses paganos, a los delitos contra la ley de Jehová, los tributos de dioses extranjeros y la sedición.

Pena de fuego, para el que tomare mujer y a la madre de ella, a la hija del sacerdote si comenzare a fornicar, para las ciudades de Sodoma y Gomorra.

Pena por asfixia, al que golpeare a su padre y a su madre, a los secuestradores, al que agitaba en el Sanedrín, al adúltero y a los falsos testigos.

Decapitación, homicidio y paganismo.

Flagelación, para 168 delitos, entre los cuales se anotan trabajar el día de Yam Kippur, penetrar en el Templo sin el debido respeto, tatuar su cuerpo.

Cepo, profetizar en forma negativa.

Exterminación o karet, tomar pan con levadura, comer carne del sacrificio de paz, dormir con mujer en menstruación descubriendo su desnudez, no celebrar la Pascua estando limpio.

Prisión, delincuentes reincidentes, ciertos casos de blasfemias, profetizar en forma negativa.

Pena pecuniaria, robo, fraude, seducción (contra una doncella) perjurio.

Ciudades de asilo, homicidio involuntario o imprudencial.

El anatema o *jerem*, incircuncisión, tomar pan con levadura en la pascua, usar aceite de la santa unción, comer pan del sacrificio de paz, no celebrar la Pascua estando limpio.

Este pueblo hebreo, jamás transigente con la dominación romana, fue el que hizo de la meseta de Masada, levantada airesamente en las cercanías del mar Muerto, 'un monumento al heroísmo y a los hombres que prefieren la muerte a la falta de honor y libertad', según el célebre relato de Flavio Josefo. Ante la dominación romana, en el año 66 de nuestra Era el pueblo judío insistió en su independencia, pero cuatro años después Tito, el general romano, desbarató las defensas de Jerusalén. Fue entonces cuando un grupo de israelitas se refugió en la histórica meseta al mando de Eleazar Ben Yair. Allí resistieron tres años, hasta la primavera del 73 en que el gobernador romano Flavio Silva, al mando de la Décima Legión, con alrededor de 15.000 hombres, logró entrar a Masada, en donde solamente encontró cadáveres y ruinas. El valeroso jefe judío, ante la inminente caída de sus decididos soldados, provocó el heroico suicidio diciéndoles que *'una muerte con gloria era preferible a una vida con infamia, y que la resolución más generosa era rechazar la idea de sobrevivir a la pérdida de su libertad'*. Solamente dos mujeres y cinco niños sobrevivieron al suicidio colectivo para referirnos esta historia que da testimonio de que también con el final voluntario de la vida se llenan de grandeza los rincones de la patria.

Varias décadas antes de los acontecimientos de Masada, Jerusalén, la Ciudad Santa, fue testigo de uno de los más inicuos episodios de todos los tiempos, como fue la crucifixión de Jesús, pena desconocida por la legislación hebrea, en la cual la responsabilidad moral fue de los miembros del Sanedrín, mientras que la responsabilidad jurídica correspondió exclusivamente al tribunal romano y específicamente a Poncio Pilato.

**2.5.- Egipto.**- En peregrinación por las tierras de Egipto llamado "región cordial de la Historia del Mundo", con su río bienhechor, su enjuto desierto, sus momias milenarias, sus divinidades fáunicas y sus fragmentos del tiempo petrificados en la esbeltez geométrica de sus pirámides, es poco lo que nos da a conocer de sus leyes la crónica antigua. Se sabe solamente que había un cimentado culto hacia el faraón, dios terrenal continuador inmediato de los dioses celestiales, considerado además como el 'Gran Dios', 'Hijo del Sol', 'Descendiente de los dioses', quien jamás moría, pues solo 'desaparecía en su horizonte eterno' para convertirse en el dios Osiris.

La voluntad faraónica, pues, con sus tiaras blancas y rojas y con su organizado sentido de la muerte, fueron principalmente los códigos a los que se debía obediencia. País de pequeños señores al principio, con sus papiros y júnceas heráldicos, de todos los fenómenos naturales y de todos los acontecimientos históricos se construía una interpretación mítica. En uno de los libros sagrados de occidente se aprecia este modo de deglutir los diferentes sucesos. El faraón disponía a su antojo de la vida y de los brazos de sus súbditos, de lo cual nos habla el relato revelado en el holocausto del mar Rojo. La estructura burocrática, en fin se dedicaba principalmente a colmar de tributos las arcas imperiales. Hecho importante fue el desprecio de que eran objeto los pobres. En las "INSTRUCCIONES" del rey Heracleópolis se considera que no se debe tener confianza en los pobres,



puesto que quieren apoderarse de la propiedad ajena. "El desposeído codicia lo ajeno". No hay que creer al pobre. No hay que incorporarlo al ejército: el pobre es un elemento perturbador en el ejército. Por el contrario, el rico merece toda confianza: el rico no es injusto en su casa, ya que es dueño de las cosas y no tiene necesidades"(9).

Por otro lado, las *mer*, llamadas *pirámides* por los griegos, construidas por trabajadores remunerados y no por esclavos que solo aparecieron en épocas posteriores, son textos ornamentados con sabias doctrinas, máximas funerales, fórmulas mágicas, consejos ingeniosos, reglas para vivir, no eran meras tumbas, sino complejos funerarios donde se desarrollaban cultos religiosos, funcionaban almacenes de alimentos en general y se guardaba ganado. Son sobre todas las cosas, un amplio nicho de sorpresas y misterios que transportaban a lejanos horizontes de otros mundos que aún no podemos explorar. Se sabe por hallazgos y relatos que las momias llevaban debajo del brazo para defenderse en el Tribunal de los infiernos, el *Libro de los Muertos*, que no es más que una requisitoria que exaltaba el valor moral del difunto. Allí se enumeran las malas acciones que no se han cometido y no las buenas acciones realizadas. Arqueles Vela, profesor en la Escuela Nacional de Maestros en México, nos da un ejemplo arrancado del *Libro de los Muertos*; "*No he cometido ningún fraude a los hombres. No he atormentado a la viuda. No he mentado ante el Tribunal. No conozco la mala fe. No he ordenado a ningún jefe de trabajadores la ejecución de más trabajo del que debía hacer cada día. No he hablado al amo del esclavo. No he hecho pasar hambre. No he hecho llorar. No he matado. No he ordenado la muerte a traición. No he escamoteado los panes del templo. No he tenido ganancias fraudulentas, por medio de las pesas de la balanza. No he quitado la leche de la boca de los niños. No he arriado a las bestias sagradas del campo de pasturas. No he cogido en redes a las aves divinas. Soy puro. Soy puro. Soy puro*".

**2.6.- Grecia.-** Llegamos ahora a Grecia, de la cual, junto con Roma, nos seguiremos ocupando en este trabajo. La importancia de estos pueblos para lograr nuestro lugar de llegada es de una trascendencia inconmensurable. Y aquí precisamente encontramos a Atenas, matriz de la democracia, donde se aplican las leyes de Dracón, las primeras que allí fueron escritas, no con tinta, sino con sangre, al decir de Démades, orador ateniense contemporáneo de Demóstenes, tan fuertes e inflexibles fueron, pues común para casi todas las faltas era la pena de muerte. Este régimen draconiano fue reemplazado por las leyes de Solón, a las que él mismo calificaba como las mejores que los atenienses podían recibir, según nos cuenta en sus '*Vidas paralelas*' Plutarco, el escritor griego que formó parte del colegio sacerdotal de Delfos. Considerándolo honesta y loable inclinación, Solón era adicto al 'amor griego', y como poeta pretendió extender sus versos en leyes. Con éstas, lo primero que hizo fue abrogar las leyes de Dracón, excepción hecha de las concernientes a los homicidios.

Solón también creó el Consejo del Areópago de tanta significación en la historia de Atenas e impuso dos de las más interesantes leyes de que se tenga noticia: la

que dispuso que fuera incurso en infamia el que en una sedición no hubiere formado parte de unos de los bandos, y la del *ostracismo*. Era el objeto de la primera que ninguno fuese indiferente e insensible en las cosas públicas esperando al vencedor para adherir gratuitamente a su causa. El *ostracismo*, por su parte, fue una invención bastante singular que consistía en el destierro político para asegurar la estabilidad de la polis y defenderla de eventuales enemigos políticos, un recurso contra el exceso de talento y ambición llevado a la práctica mediante un sistema de votación en que los atenienses escribían sobre un tejuelo en forma de concha el nombre de la persona cuyo destierro deseaban. Históricamente se menciona mucho el *ostracismo* de Aristides, estadista ateniense apellidado *el justo* y general héroe de la célebre batalla de Maratón, que a instancias de Temistocles tuvo que salir de Atenas aunque más tarde fuere llamado al producirse la segunda invasión persa, distinguiéndose en las batallas de Salamina y Platea.

Por los lados de Esparta, disciplinada y frugal, aparece Licurgo, cuyas leyes, virtualmente aceradas y afiladas como las armas de sus aguerridos soldados, infortunadamente no nos son conocidas porque a ellas jamás les satisfizo el relajamiento de la escritura, cuidando más bien las costumbres y aficiones de los ciudadanos. Esta era una de las llamadas *retras*. Otra de éstas se refiere a la construcción de las casas y tenía su apoyo en una frase del mismo Licurgo: "*Esta casa no consiente profusión de lujo*". Interesante es una tercera retra referente a la prohibición de hacer la guerra a los mismos enemigos, para que no se convirtieran en guerreros con la costumbre de defenderse muchas veces.

Plutarco en sus '*Vidas paralelas*' nos advierte que '*nada absolutamente puede decirse que no esté sujeto a dudas acerca del legislador Licurgo, de cuyo linaje, peregrinación y muerte, y, sobre todo, de cuyas leyes y gobiernos, en cuanto a su establecimiento, se hacen relaciones muy diversas, siendo el tiempo en que vivió aquello en que menos se conviene*'.

Ciertamente, Licurgo fue el gran reformador de Esparta. Pueden enumerarse, entre tantas otras, la creación del Senado, y la repartición igualitaria del terreno, con lo cual se intentó desterrar tanto la riqueza como la pobreza para eliminar así toda diferencia entre sus habitantes, imponiendo de paso la anulación de la moneda de oro y plata para implantar la de hierro. A esta única moneda de mucho peso y volumen se le dio poco valor, de modo que para guardarla 'se necesitaba de un cofre grande en casa y de una yunta para transportarla. Y con sola esta mudanza se libertó Lacedemonia de muchas especies de crímenes porque ¿quién había de hurtar o dar en soborno, o trampear, o quitar de las manos una cosa que ni podía ocultarse, ni excitaba la codicia, ni había utilidad en hacerla?'. Una tercera medida, símbolo de la frugalidad, fue la de los banquetes llamados *Fidicia* (oficinas de amistad y concordia) por los mismos espartanos y *andria* (*junta de hombres*) por los cretenses. Estos se hicieron públicos con manjares y guisos señalados. A dichos banquetes, comunes y ostensiblemente sobrios, tenían que asistir al mismo tiempo ricos y pobres. La llegada a ellos tenía que producirse sin haber ingerido previamente ningún alimento. Esto estaba



comprobado con la labor de los *sicofantes*. Finalmente, conviene decir que el ejercicio gimnástico era una labor constante y fuerte en el pueblo espartano. Lo mismo el aseo, el cual en los niños no se verificaba con agua sino con vino con el objeto de fortalecer sus músculos.

**2.7.- Roma.-** En el camino que hemos venido recorriendo se nos asoman los sólidos paisajes de la Ciudad Eterna, de la Roma guerrera, de la Roma pétreo de las orgullosas colinas, de las mujeres raptadas, de los gladiadores con la muerte pegada al escudo y el Circo ensangrentado, de los horizontes extendidos y lejanos, de los emperadores pervertidos, de las catacumbas rituales y los incendios estocásticos, la de las papisas parturientas y de los jurisconsultos inclinados más bien a la práctica del derecho que al pensamiento especulativo. Llegamos para darnos cuenta que allí, en esa Roma salaz e incontinente, no hubo inclinación filosófica especulativa, pero sí una capacidad de organización insuperable. La filosofía allí instalada tenía el aliento helénico y el Derecho del cual bebemos como de un manantial inagotable, lejos de formarse con la estructura de los principios teóricos, recogió y se nutrió con la realidad de los hechos. El profesor Ruiz Moreno nos dice "*que en donde brilló el especial talento de los romanos para la ciencia jurídica, fue en la técnica admirable de que hicieron gala sus jueces y legisladores al elaborar las normas, haciendo de ellas un mecanismo perfecto que preveía hasta dónde era posible, todas las modalidades que se presentaban*"(10). Era lo que Gallo llamaba *elegantia juris*, fórmula de la fluxión constante entre el derecho y la vida, entre los juristas y el orden de las cosas y de los hechos.

El derecho romano se dividía en derecho antiguo o consuetudinario, en donde primó la costumbre sobre la ley escrita. Fue el período en que se redactaron las *DOCE TABLAS*, que recogieron algo del sabor de las leyes de Solón y garantizaron la igualdad jurídica reclamada ahincadamente por los plebeyos. En el período clásico aparecen las grandes figuras que aún hoy nos dejan pasmados con su sabiduría, tales como Gayo, Ulpiano, Papiniano y Paulo, entre otros. Pero infortunadamente ninguno de ellos enriqueció la Historia del Derecho con una definición propia. Sólo Celso se aventura, si vale la expresión, con el concepto de que el Derecho "es el arte de lo bueno y de lo equitativo", el cual solamente constituye condición para su aplicación. La otra gran opinión es de las *Institutas*, en donde se encuentra el *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere* (vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo). Fácilmente se percibe, dice Ruiz Moreno, que "las dos primeras máximas son puramente éticas y morales, y no jurídicas, y en cuanto a la tercera, no es sino la fórmula abreviada de la justicia distributiva de Aristóteles"(11).

Más adelante, haciendo abstracciones históricas, entramos al año 478 en que cae el imperio romano de occidente, iniciándose un período que llega hasta 1493 al rendirse Constantinopla al poder de los turcos, o quizá hasta 1492 con el último y definitivo descubrimiento de América. Es el período que se conoce como Edad Media, atestada de murallas y castillos, de bardos andariegos, de bravos navegantes, de copistas adulterados, de hermosas mujeres con vestidos

que parecían cortezas dilatadas de alcachofas que, al lado de caballeros acorazados y malolientes con el corazón en permanente brindis, seguían la sentencia de San Jerónimo, mente preclara y propagador del ideal monástico: "*la limpieza del cuerpo y de sus vestiduras significa impureza del alma*".

En este tiempo reconocemos dos períodos; el primero comprende hasta el restablecimiento del imperio de occidente en el año 800 propiciado por Carlomagno y es conocido como período *greco-romano*. En su desarrollo, para asuntos jurídicos prima en un principio la costumbre, pero se van conociendo ordenamientos escritos como el *Pactus Antioquia* de Clodoveo (466-511), que es el documento escrito más antiguo de los franceses, y la *Ley Sálica* que negaba el trono para las mujeres; los visigodos tuvieron sus leyes escritas por mandato de Eurico (466) y en 493 Teodorico también ordenó la compilación del imperio ostrogodo. Guendebaldo (502) hizo lo mismo con las de los borgoñones. Rotoris (502) con la de los lombardos y Dagoberto (628) con la de los alemanes. El segundo período se ha denominado *cristiano* y la teología es la que impera en el conocimiento jurídico, igual que en otras manifestaciones del conocimiento humano. Para esta época son nombradas figuras como las de San Ambrosio, San Isidoro de Sevilla, San Bernardo y principalmente San Agustín.

**2.7.1.- El derecho penal romano.-** El desarrollo del derecho penal romano no tuvo la misma grandeza que siempre caracterizó al derecho privado. Sin embargo, principalmente a través de estudios del profesor alemán Teodoro Mommsen (*'Derecho penal romano'*) podemos partir de la bifurcación del *derecho penal* en *derecho privado* y *derecho público* 'según es denominado por la distinción fundamental existente entre delitos privados y crímenes públicos'. Los delitos privados surgían del daño causado a los particulares y eran perseguidos a petición de las víctimas, dando lugar a multas a favor de éstas. La evolución desde la venganza privada llega a la *Ley del Talión*, que acogida en la Biblia, establece que 'el mal infligido al delincuente debía ser igual al causado a la víctima'. En el *Deuteronomio* se lee que "*no te compadecerás de él, sino que le harás pagar vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie*". La ley de las *DOCE TABLAS* acogió la Ley del Talión para algunos delitos de carácter privado. Un sistema penal más perfecto fue desarrollado por la jurisprudencia.

Más reciente es el origen de los delitos públicos (*crimen público*), los cuales se dan contra una organización social, el orden público y la seguridad del Estado. Son los que igualmente podemos llamar delitos de alta traición o *perduellio*. Mommsen nos ilustra diciendo que 'desde el punto de vista penal el nombre de *perduellio* significaba el acto de hostilidad a la patria, siendo en el aspecto militar que se aplicara, ante todo a la desertión'. Se conoció un poco después el '*crimen majestatis*' por irrespetar la majestad del tribuno, de los ediles o de los *iudices decemviri*; también existía el *crimen repetundarum* que involucraba al funcionario venal, y el *crimen peculatus* cuando los fondos públicos eran atacados. Estos delitos públicos eran conocidos por una jurisdicción especial cuyos funcionarios eran conocidos como *Crimina* o *judicia pública*.

La aplicación de la pena capital estaba limitada por la *provocatio ad populum*, que coartaba al propio magistrado, pues 'no podía condenar directamente a un ciudadano romano a muerte, sin la particular acusación del pueblo', lo cual también era obligatorio fuera de Roma.

Posteriormente apareció la *quaestio*, proceso acusatorio caracterizado por la modalidad de que el crimen y su pena eran definidos por una ley, y 'cualquier ciudadano podía intentar sostener la acusación'. Al lado de este proceso, calificado como ordinario, se desarrolla otro delante del emperador, o de un funcionario que era la *cognitio*, sostenida por cualquier ciudadano, la cual se diferenciaba claramente del proceso ordinario en que mientras en éste 'las cuestiones criminales eran fijadas a través de la ley, en la *cognitio* dominaba la discreción del juzgador, quien podía también variar la pena en base a las atenuantes o a las agravantes del caso'.

Al surgir el imperio, los poderes del Senado y del emperador operaban a un mismo nivel, pero este último logró imponerse instaurando un despotismo absoluto. Precisamente contra esa monarquía emergente se instituyeron dos delitos que fueron el *perduellio* y el crimen *majestatis imminuta*, delitos éstos considerados por uno solo por el tratadista Teodoro Mommsen.

La *perduellis* o *perduellio* es un acto de hostilidad a la patria extendido hasta la desertión. Casos particulares de delitos contra el Estado fueron la *sedición* y las *ofensas personales a funcionarios de la comunidad*. La *sedición* era la insubordinación tumultuaria de una multitud contra la magistratura, aun en el caso de que se negara simplemente la obediencia y el magistrado no pudiera dominar el tumulto. Los culpables directos del motín de este delito eran los únicos sometidos al procedimiento de la *perduellio*.

Las ofensas personales que se causaban a un individuo daban origen a una acción pública si el ofendido era magistrado, igualmente la *injuria* podía ser un delito contra el Estado si se dirigía a un funcionario de la comunidad.

**2.7.1.1.- La pena de muerte.-** Teodoro Mommsen nos ilustra sobre este tema en los siguientes términos: "...las leyes, del propio modo que no reconocían un plazo mínimo dentro del cual hubiera de ser ejecutada la sentencia, tampoco reconocían un plazo máximo, antes bien, la determinación del término correspondiente dependía del árbitro judicial, del magistrado que la habría de ejecutar con lo que no solo se hacía posible diferir la ejecución con el objeto de adquirir nuevos datos o hacer nuevos interrogatorios, o por otros motivos, también se podía ejecutar la sentencia, cosa que se verificó lo mismo en la época de la república que en la del principado, y como era necesario tener preso, de derecho, el condenado a la muerte, resultaba ésta última transformada así en la de prisión perpetua.

Por otra parte, cuando la ejecución de la pena de muerte debía ser pública, no podía verificarse ésta ni en día de fiesta ni en el curso de la noche"(12). La ejecución se realizaba a través de la crucifixión, por el saco, por el fuego, por la espada o en forma de espectáculo popular. Especialmente la crucifixión.

Finalmente, la facultad de los magistrados para administrar justicia era el *imperium*, el cual en Roma estaba regulado por la ley, pero fuera de ella era libre y discrecional y estaba a cargo de los representantes de aquéllos. El gobernador romano ejercía el *imperium* en las provincias romanas gracias al *ius gladii*.

El *ius gladii* 'era la facultad del emperador romano para decretar castigos a ciudadanos romanos que hubiesen transgredido la ley romana, y para castigarlos con cualquier tipo de pena'. Era, también, el poder delegado al oficial más alto de provincia para administrar justicia; el gobernador romano era el único que poseía *imperium*, y por tanto podía, en representación del gobernador, intervenir en la esfera administrativa, legislativa y judicial del país'. De todos modos, los gobernadores de providencia podían llevar a cabo el proceso capital, con la limitación mencionada del *ius gladii* relativa a la ejecución de la sentencia.

**2.8.- El Islam.-** Respecto a la historia de los árabes existen algunas leyendas que hablan de fantásticas fundaciones estatales en tiempos remotos. Lo que en realidad se conservó y sobrevivió a través de toda clase de transformaciones fue de proporciones reducidas, pero de una obstinada energía. Muchas tribus se mantenían inconexas y desligadas por la vida nómada, empecinadas por la vindicta cruenta y la disputa turbulenta de rebaños y oasis.

Mahoma, nutrido intelectual y anímicamente por Waraka, hombre de inclinaciones místicas y buscador de espiritualidad, primo de Kadidja la mujer del profeta, recibió el *Corán* o *Kur'an*, que quiere decir 'lectura', por revelación que le hizo el ángel Gabriel y su redacción tuvo lugar alrededor del año 650 por orden del tercer califa Utman. Este libro sagrado "está escrito en un bello estilo de prosa rimada, y se encuentra dividido en 114 capítulos o suras de extensión variable, los cuales tienen entre 286 y 3 versículos o *aiat* (*aleyas*). Las suras están organizadas aproximadamente de mayor a menor, con excepción de la sura de la Apertura, que se ubica al principio del *Corán*. Podemos encontrar capítulos revelados en La Meca y otros en Medina. Las suras correspondientes a La Meca tienen una menor extensión y se ocupan de la admonición al hombre, de la condena, de la idolatría del anuncio del Juicio Final. Por su parte, las de Medina son más largas y podemos encontrar en ellas numerosas disposiciones legales, propias de la época en que se instauró la primera comunidad islámica completa". Con muchas decisiones jurídicas El *Corán* castiga el homicidio de diferentes maneras, así: el que matare a otro involuntariamente estará obligado a emancipar a un esclavo creyente y a pagar a la familia del muerto el importe de la sangre, fijado por la ley, a menos que la familia no haga convertir esa suma en limosna. Por la muerte de un creyente de una nación enemiga se dará libertad a un esclavo creyente y se pagará a la familia del muerto la suma prescrita. El que no halle esclavo que libertar, ayunará dos meses seguidos. El que mate a un creyente voluntariamente, tendrá el infierno por recompensa y en él permanecerá eternamente; el robo ordenado cortará las manos al ladrón o ladrona, como retribución a la obra de sus manos; en el adulterio, considerado 'cosa fea y un mal camino' se impone la lapidación o los latigazos dados en presencia de cierto número de creyentes;

la usura en forma reincidente es merecedora del fuego: el falso testimonio, el consumo de licor y otras muchas faltas son de todos modos severamente castigadas con un marcado fondo de religiosidad.

El *Islamismo*, la más viril de todas las religiones y al mismo tiempo la más estricta de las monoteístas, lo condensa todo, desde la teología hasta la jurisprudencia y la filosofía, en conexión que garantiza su vigencia y validez. Por eso la mezquita con sus cúpulas y minaretes, majestuosas columnas y salones con la amplitud de la esperanza y los misterios, 'es al mismo tiempo Casa de Dios, escuela, biblioteca, museo, asilo y hospital'. Acuciosos con las constantes purificaciones y considerando la oración un ineludible deber en ciertas horas del día, los hombres que llevan *El Corán* en las cavidades de su corazón tienen al Paraíso 'vasto como los cielos y la tierra' el último y más precioso lugar de llegada, premio de Alá, jardín de placeres sensuales donde al compás de bailes celestiales, esperan las huríes de hermosos y negros ojos y senos bellamente moldeados cual copas de champaña, recompensando las continencias y los ayunos del Ramadán. *Allahu akbar*.

## 2.9.- Apéndice.- Otros comentarios sobre la muerte de Jesús.-

Apresado en la colina de Los Olivos, aldea de Getsemaní contérmina a Jerusalén, Jesús fue llevado al concilio donde Caifás, el sumo sacerdote, rasgándose las vestiduras, lo acusó enardecidamente de blasfemia ante los principales sacerdotes, escribas y ancianos. Todos ellos le condenaron, declarándole digno de muerte. Pero de esta condena religiosa, castigada con *lapidación*, desistieron los acusadores de hecho para apelar ante los romanos argumentando otra imputación de carácter político, cual era la incitación a la rebelión, no pagar impuestos y usurpar el título de rey. René Gilly, profesor de la Universidad de Niza, nos comenta que "*en cuanto a la reivindicación de la realeza, que gravitará en todo el proceso y figurará en la cruz, es interpretada de manera diferente por los judíos y romanos. Para estos últimos, es un acto de sedición ya que sólo el Senado puede otorgar este título. Para los judíos, implica la presunta mesianidad y esta ambigüedad los satisface plenamente. Por otra parte, a la pregunta de Pilato: ¿Eres tú el Rey de los Judíos?, Jesús responde: "Sí, tú lo dices"*(13).

Jesús fue crucificado en la montaña del *Calvario*, llamado *Gólgota* por los hebreos, probablemente el viernes 3 de abril del año 33. La tradición evangélica dice que sobre el *patibulum*, pieza móvil de la cruz, los verdugos colocaron el célebre INRI ('*Jesús Nazareno. Rey de los judíos*'), lo cual no es cierto para Roberto Ambelain, quien en '*Jesús o el secreto mortal de los templarios*' afirma la imposibilidad del gentilicio por cuanto Nazareth fue fundada en el siglo VIII de nuestra era. De todos modos, el proceso adelantado estuvo maculado con muchas irregularidades de carácter jurídico. Bebiendo en las fuentes utilizadas hasta este momento, podemos señalar las siguientes:

- a) *En el proceso hebreo fueron ostensibles: 'La acción que se siguió contra Jesús fue una instrucción seguida contra los seductores'. De acuerdo con la religión judía, la seducción era uno de los delitos perpetrados precisamente contra la misma. / El consejo resolvió la detención de Jesús, resolución que fue tomada con carácter de inmediata, de acuerdo con lo afirmado en los textos evangélicos. El Talmud aclara el panorama de que se trataba de detener a Jesús en el día jueves, porque de lo contrario, arrestar el día viernes,*

sumado al tiempo del proceso, obligaría a la ejecución el día sábado, cosa por demás prohibida por realizarse en ellos los actos de fe. Jesús fue detenido en la noche, para que se formulara instrucción e inmediatamente se procediera a interrogarlo. Con ello se violó el principio de que el proceso se debía instaurar durante el día. / El interrogatorio consistía en intentar primero establecer la prueba del delito procurando sorprender al interrogado en el concilio; Anás planteó el interrogatorio (San Juan 18-19-24) sobre los discípulos y las actividades de Jesús, quien a su vez contestó con una interrogación (¿Por qué me preguntas a mí?) fue abofeteado por uno de los alguaciles, para obligarlo a confesarse culpable. / 1. Testigos falsos. En las causas que se juzgaban por delitos que merecían la pena de muerte se exigía el testimonio de dos testigos, que coincidieran en sus declaraciones y que fueran veraces. / En el proceso de Cristo, primeramente no se encontraron testimonios contra Jesús (San Mateo 26-69; San Marcos 14-57). / Ante esas circunstancias, se violaron dos reglas del proceso: / -La garantía de la no presentación de falsos testimonios, que consiste en aplicar a éstos la pena a que iba a ser condenado Jesús. / -Según un principio de la ley judía, 'el falso testigo será tratado como él quiso que fuere su hermano'. -Se llevan ante Jesús dos testigos infructuosos, porque no concordaban. Luego, Jesús fue interrogado. / 2. Se violaron las normas del procedimiento hebreo, porque éste debió ser iniciado con argumentos favorables al reo; sin embargo, inmediatamente después de buscados los testimonios, Jesús fue interrogado (San Marcos 14:60; San Mateo 26:63). / 3. Caifás se convirtió en juez y parte. Preguntado Jesús si era el hijo de Dios, Jesús contestó: 'Tú lo has dicho: y además os digo, que desde ahora veréis al Hijo del Hombre sentado a la diestra del poder de Dios, y viniendo en las nubes del cielo (San Mateo 26-64). / ... Caifás, entonces, afirmó que Cristo había blasfemado, y que no se necesitaban testigos. Ante esta circunstancia Caifás se "convierte en un testigo de la blasfemia dicha por el acusado, y en parte acusadora, circunstancia que, desde luego, es contraria al proceso judío. / 4. Principio de publicidad del debate. El debate es efectuado durante el día (San Lucas 22:66); sin embargo, éste se realiza con el mayor sigilo, sin la debida publicación. El interrogatorio es efectuado ante Caifás, pero solo el Sanedrín está reunido en torno a Cristo. / 5. La pena y la condena. Anás remite a Jesús a Caifás, con quien estaba reunido el Sanedrín; el sumario ha empezado con la acusación de que Cristo afirmaba que 'Yo destruiré el templo y lo construiré en tres días'. / Sin embargo, ello no era una blasfemia propiamente hablando, toda vez que para que existiera una blasfemia tenía que nombrar el nombre de Dios. Otros autores piensan que ello constituía una blasfemia de acuerdo con Levítico 22.2,3 y 10 y con Números 18:7. / Ante Caifás, Jesús pronuncia el nombre de Dios, se proclama como Hijo del Hombre (y de Dios) y anuncia el reino futuro. En tales condiciones, Jesús es reo del delito de blasfemia, y la ley mosaica lo condena a muerte. / Su condena es votada por unanimidad (San Mateo 26:66; San Marcos 14:64). / Aquél que se probaba que había dicho una blasfemia era castigado con la muerte por lapidación. / Según los evangelistas, esta condena requería la aprobación de Pilato como procurador romano, y si se le condenó a muerte por crucifixión fue porque los judíos lo pidieron (San Mateo 27:22; San Marcos 15:14; San Lucas 23:21; San Juan 19:6; y se viola la sentencia a que se le condenó por lapidación. / Según el Sanedrín VI, 4, el Talmud de Jerusalén y Sanedrín XIV, 15, Jesús fue lapidado y después colgado, de acuerdo con la ley judía". /



- b) *En el proceso romano fueron manifiestas las siguientes irregularidades: "Pilato trata primeramente de librar el prisionero, pero no lo consigue y lo flagela según los Evangelios en sustitución de una pena mayor, pero sabemos que la flagelación antecede a la pena de muerte. / El pueblo reclama la pena de muerte para 'el seductor'. Si Jesús no hubiera sido condenado habríase librado un ataque a la ley mosaica que estatuye la pena de muerte para los seductores. / Se necesita que Pilato ratifique la sentencia de muerte dictada por el Sanedrín; éste requería de un exequátur como consecuencia de la ocupación romana. Pilato tenía autorización suficiente para confirmar la sentencia por no ser Jesús ciudadano romano y de acuerdo con el principio del ius gladii. El delito atribuido inicialmente a Jesús es de carácter religioso, pero no ataca a la autoridad romana; los judíos, no obstante ello, perseguían que se aplicara a Jesús una condena por haber cometido un delito en contra del Estado romano. / Lo acusaron entonces del delito de **Seditio**, afirmando que soliviantaba al pueblo (San Lucas 23:5).*
1. *EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.- Si bien el gobernador romano podía pronunciar fallos relativos a la pena de muerte, sin embargo, de acuerdo con una de las limitaciones del ius gladii, decretaba precisamente que no podía ejecutar la sentencia sino hasta obtener el beneplácito del emperador. / 2. DELITO INEXISTENTE. De los muchos delitos que se enumeran en el Digesto como crimen majestatis, ninguno corresponde al que se acusa a Jesús; sin embargo, podía encuadrar dentro de la seditio, o sea, una conducta dirigida contra el pueblo romano (porque lo solivianta) o contra la seguridad del imperio (Digesto 48,4.1); y cometía ese crimen el ciudadano que desempeñase mala función social (Digesto 48,4.3) y el que con mala voluntad forjaba a las personas en enemigos (Digesto 48,4.4). / No obstante lo anterior, y aunque Cristo fue acusado de tres delitos encuadrados en el perduellio, no cometió ninguno de ellos. Los delitos políticos por los que se acusó a Cristo fueron: A. Amotinar al pueblo. B. Prohibir el pago del tributo al César. C. Pretender la corona de Israel. / Sin embargo, el primero de ellos solo podía ser cometido por un ciudadano romano y Cristo era galileo; en cuanto al segundo, no existió tal delito, ya que los evangelios lo califican como adicto a Roma, cuando no se niega a pagar el referido tributo (San Mateo 22:21; San Marcos 12:16 y 17; San Lucas 20:24 y 25). / Por lo que respecta al último de los delitos, no era atribuido precisamente a Cristo, puesto que si bien es cierto que Pilato le preguntó: "¿Eres tú el Rey de los judíos?", y Jesús le dijo: "Tú lo dices" (San Mateo 27:11; San Lucas 23.3; San Marcos 15:12), también lo es que Pilato no encontró delito ninguno en Cristo: "Y Pilato dijo a los principales sacerdotes y a la gente: "Ningún delito hallo en este hombre" (San Lucas 23:4; San Juan 18:38). / Las acusaciones fueron falsas, pero Jesús fue muerto por un delito que no cometió, y sentenciado formalmente como un delincuente político a la pena de muerte por crucifixión, pena que, como ya dijimos, era denigrante para un galileo que no estaba considerado, además, como esclavo romano. / Si no hubiera habido sentencia romana, dictada por el procurador, sería incomprensible que fueran soldados romanos los que realizaran la crucifixión, ya que la muerte en la cruz no era reconocida por la ley hebrea. / En conclusión debe decirse que la condena a muerte fue irregular, independientemente de cómo se hubiese llevado a cabo el proceso de Cristo ante Roma, ya que los evangelistas no narran nada al respecto"(14).*

Como se dijo anteriormente, al desistir de la acusación religiosa promovida por Caifás, los judíos llevaron al galileo ante Pilato acusándolo de incitación a la rebelión, no pagar los impuestos y de usurpación de título de rey. Pero como representante de Roma no encontró ninguna falta política en la conducta del galileo, lo envió entonces a Herodes Antipas, cuyos soldados, despreciando y burlándose de Jesús, lo cubrieron con una pomposa túnica 'para mofarse de sus pretensiones a la realeza'. Herodes lo reenvió a Pilato, quien propuso al populacho cambiarlo por Barrabás. Nadie pareció escucharlo pidiendo en cambio, con ahínco, la crucifixión.

Jesús fue entregado a los soldados romanos y empezaron en ese momento las sevicias del pretorio. Lo ataron a una columna vestido de rey, lo escupieron, derrocharon ridículas genuflexiones y con una caña lo golpearon diciéndole: '¡Salve, Rey de los judíos!'. Desfigurado como quedó fue presentado por Pilato a la multitud: '¡Aquí tenéis al hombre!' ('¡Ecce homo!'). Comenzó entonces el vía crucis por camino pedregoso, en el que Jesús fue ayudado por Simón Cirineo, a quien se obligó para que llevara solo el *patibulum*, pues ya el *stipes* o complemento vertical de la cruz se encontraba enclavado en la cumbre del Calvario, como posiblemente sucedía en todos los casos de crucifixión.

Después de la horrible agonía, a la hora nona de la fecha que ya hemos señalado, Jesús rindió el aliento en la cumbre de Gólgota. Según nos lo cuenta el médico francés René Gilly en '*La Pasión de Jesús*', su vida acabó debido a una asfixia progresiva, igual a la de todos los que sufrían del martirio de la crucifixión. Los soldados romanos se apresuraron a la acostumbrada pannicularia y el cielo se oscureció. La sangre brotó del cuerpo maltratado y ahora también se nos viene a la memoria la hematidrosis ocurrida en el monte de los Olivos. San Agustín nos dijo en alguna ocasión que '*las lágrimas son la sangre del alma*', pero ahora, con atrevido respeto, queremos decir prepósteramente que la sangre nos muestra las lágrimas del alma porque esas fueron las que Jesús derramó al tener la certeza de que se acercaba la injusticia de su muerte y el frustrado sacrificio para lograr la salvación del mundo.



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit, pág. 19 ss.
- (2) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit, pág. 25.
- (3) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit, págs. 23/24.
- (4) Diccionario Enciclopédico Jurídico Salvar, 1998.
- (5) VEIT, Valentín, *Historia Universal*. Tomo I. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1957, pág. 51.
- (6) VEIT, Valentín. Ob. Cit., pág. 53.
- (7) SUÁREZ PINEDA, Rafael; Suárez Clara, "*Historia del derecho y el derecho de la historia*". Editorial Leyer, Bogotá, 2005, páginas 14/15.
- (8) RUIZ MORENO, Martín. "*Filosofía del derecho*". Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires, página 201/2.
- (9) POKROVSKI y otros. "*Historia de las ideas políticas*". Editorial Grijalbo, S.A. México, D.F., 1966, páginas 29/30.
- (10) RUIZ MORENO, Martín. Ob. Cit., pág. 204.
- (11) RUIZ MORENO, Martín. Ob. Cit., pág. 204.
- (12) AGUIRRE, Verónica. "*El profesor de Cristo*". Libros Clie, 1989. Barcelona, pág. 82.
- (13) GILLY, René. "*La pasión de Jesús*". Círculo de lectores, 1985, pág. 74.
- (14) AGUIRRE, Verónica. Ob. Cit., páginas 118/123.



## CAPÍTULO II

# *Derecho natural*

**1.- Los griegos.-** Abundantes y ubérrimas han sido las ideas surgidas a través del tiempo sobre la existencia de un derecho apoyado en las entrañas mismas de la naturaleza del hombre como ser humano y colectivo. Es el **Derecho Natural**, libre de las ataduras impuestas por la legislación creada por el hombre. Cual es el contenido de ese derecho de ideas generales y eternas, es lo que ha suscitado una generación de conceptos y doctrinas que han llenado muchos textos de estudios.

De inclinación real y objetivo, no meramente ideal el *Derecho Natural* puede definirse como '*conjunto de reglas que en un momento dado establece e impone coactivamente ... una determinada organización soberana*'. Los heraldos de armas que inauguraron y pregonaron estas ideas del Derecho Natural, fueron muchos los pensadores griegos con sus creencias de que existían en la naturaleza humana ciertos elementos permanentes y ecuménicos, que son iguales en todos los tiempos y lugares, los cuales se identifican como las *Physis* (Naturaleza). Estos elementos, con expresión en el derecho, contrastaban con el *Nomos*, que era la norma creada por el hombre. *Physis* representaba para los pensadores griegos la necesidad apoyada en causas naturales, en tanto que *Nomos* solo la acción libre y arbitraria de un legislador humano.

Entre los pensadores griegos, a los cuales ya nos hemos referido, hallamos nuevamente a **Heráclito de Efeso** enseñando que existía un *derecho divino y natural*, distinto en un todo a las leyes de cada Estado. Al pensador de Efeso siguió el sofista **Hipias**, que distinguía entre *derecho escrito* con reglas sometidas al cambio y el *derecho no escrito* impuesto por los mismos dioses y obedecido por todos de la misma manera. Continúa **Platón**, quien creía en la existencia de una idea eterna de la justicia, la cual describía como la armonía orgánica de una república

en la que cada individuo y cada clase eran llamados a ocupar el lugar que les estaba destinado y a desempeñar una función apropiada. **Aristóteles**, el otro gran maestro de la filosofía griega, diferenciaba entre la *ley natural* con autoridad plena en todas partes y la *ley convencional*, fruto de una situación particular.

Pero el esplendor de la idea del derecho natural solo vino a alcanzar el lugar supremo con la aparición del **estoicismo**, cuya escuela fue vivificada por **Zenón**. Para este ilustre descendiente de semitas, la *naturaleza era el principio que regula todo el universo, pues estaba identificado con Dios*. El derecho natural era la misma ley de la razón, la cual era tenida por los estoicos como fuerza universal que penetraba todo el cosmos, siendo el apoyo del derecho y de la justicia. Hay, pues, un derecho natural común, orbitalmente válido y alimentado por la razón.

Además, era emblema del estoicismo la igualdad de los hombres y el ideal último se convertía en un estado universal en que todos vivieran en armonía, precisamente como consecuencia de esa igualdad y de la guía de la ley divina, como alguna vez existió en la historia humana como verdadera **Edad de Oro**.

*"El concepto estoico del derecho natural ejerció una fuerte influencia sobre el desarrollo posterior del derecho y la filosofía jurídica. Fue en primer lugar un factor de importancia en la teoría y práctica jurídicas romanas. En segundo término preparó una base para la filosofía jurídica de los padres de la iglesia y los pensadores medievales. Puede también encontrarse la influencia de la doctrina estoica en el derecho natural clásico de los siglos XVII y XVIII y en las teorías de la Revolución francesa. Donde quiera que han sido proclamados como principios eternos de justicia la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos, los hombres han seguido las huellas de los filósofos estoicos"(1).*

**1.1.- El derecho natural en Roma.-** Con razón se ha dicho que los jurisconsultos romanos fueron los grandes practicadores del derecho. El pensamiento especulativo estuvo al margen de su inigualable ejercicio jurídico. La doctrina estoica, como se ha conocido, ejerció una gran influencia, abrazando a personajes como Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.). La justicia, para éste, era emanación del derecho natural: *"El verdadero derecho –dijo en De República– es la recta razón, conforme a la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones"*. La aplicación universal de este derecho es en toda época; una ley, para ser justa, tiene que estar conforme con los postulados morales fundamentales del derecho natural.

Ya entrada la Edad Media, sin que se perdieran las enseñanzas de épocas anteriores, lo expuesto en el Nuevo Testamento rigió las enseñanzas de los padres de la iglesia y es así como el derecho natural se convierte en un derecho divino manifestado por la revelación, anterior a la organización del estado y superior a las normas del derecho positivo. Más adelante, en **San Agustín** (354-430), el gobierno, el derecho, la propiedad, la civilización toda, son producto del pecado y en ellos puede intervenir la iglesia en su condición de guardiana de la ley eterna de Dios y ante la necesidad de mantener la paz sobre la tierra. San Agustín

esperaba que la *Civitas terrena* sería reemplazada por la *Civitas Dei*, en donde al fin, reinaría la ley de Dios.

Con la obra de **Santo Tomás de Aquino** (1226-1274), aparecida nueve siglos después de San Agustín, la filosofía del catolicismo medieval alcanza su punto culminante y en cuestiones políticas y jurídicas la influencia aristotélica es ostensible. Para el pensador de Aquino se distinguen tres clases de leyes: *eterna*, *natural* y *humana*. La *lex aeterna* solo es conocida integralmente por Dios que gobierna el universo. Los seres humanos, aunque no pueden conocer esta ley tal como es, sí pueden participar de ella mediante la revelación. Por debajo de ella está la *lex naturalis*, reflejo imperfecto de los dictados de la razón divina que da oportunidad al hombre para conocer *algo de algunos* de los principios de la ley eterna y de las intenciones de Dios. El hombre, a través de ella, logra distinguir y entender el bien y el mal. Es una copia imperfecta de la ley eterna. Esta ley natural se desprende de principios asaz generales y abstractos. Finalmente, la ley humana definida por el mismo Santo Tomás como "*una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad*". Es, pues, un producto propio del hombre que dejaría de ser tal si naciera haciendo colisión con algún principio de la justicia, ya que se presentaría como un acto desarreglado y arbitrario dentro del ordenamiento como conjunto de las normas jurídicas vigentes en los distintos países. De todos modos, lo principal de la filosofía tomista es la teoría de la ley natural, por ser expresión de la voluntad divina, aplicación positiva de aquella y señalar los senderos para la racionalización del derecho natural y su separación de la teología. Es así como un nuevo rubro de este derecho hay que tener en cuenta en esta sucinta exposición.

**2.- El Renacimiento.**- Un notable cambio se produjo en la sociedad del siglo XV cuando la autoridad de la iglesia empezó a periclitarse en los postreros años de la Edad Media. Ese cambio produjo lo que conocemos con el nombre de **Renacimiento**, época excitada, proteica y de grandes realizaciones sin sincronización alguna. "*Los grandes partos de la historia son así: se realizan entre las convulsiones de una vida nueva que nace*", nos dejó grabado Ruiz Moreno en su texto de Filosofía del derecho al comentar la iniciación de aquel período de la historia.

Las causas impulsoras de esta orientación cultural se han clasificado como *intrínsecas* y *extrínsecas*. Las primeras, ocasionadas en el interior de Europa, se funden en la marcada reacción contra la autoridad de la Iglesia Católica, primero con cariz político, pero después tratando de destrozarse los artículos de la fe. Además, se van formando los grandes estados modernos europeos sobre las ruinas de la vieja estructura del feudalismo político. En las segundas, o sea las causas *extrínsecas*, podemos señalar varios hechos como la conquista y avance triunfal de Mahomet II que puso a Constantinopla bajo sus plantas guerreras y provocó el éxodo de una mesnada de eruditos que hicieron florecer los vergeles de la antigua civilización pagana sobre las tierras endurecidas de una Europa que se iluminaba con nuevos horizontes. Por otro lado, la pólvora, alegre en los fuegos de artificio, pero rabiosa y mortal en los campos de batalla; la brújula abriendo

los caminos undívagos del mar para encontrar el verdor y la riqueza de nuevos lugares de llegada; la munífica imprenta condensando sabiduría con sus sencillos caracteres, fueron hechos, entre otros, como el renacimiento de la pintura, la escultura y la arquitectura, que abrieron las puertas de la nueva época.

Pero sólo hasta el siglo XVII se conocieron los avances del derecho, pues este significativo progreso, como ya se advirtió, no operó empujado por una sincronización perfecta. La Filosofía del derecho y la orientación filosófica en general mostraron su renovación principalmente con las ideas doctrinarias de Francisco Bacon y René Descartes. **Desiderio Erasmo** (1467-1536), gigante de las letras latinas, representó como ninguno otro el nuevo espíritu del Renacimiento.

**2.1.- La Reforma.-** Verdadera desviación y no fruto de corrientes renacentistas fue la Reforma, movimiento liderado por **Martín Lutero** (1483-1546) e irónicamente definido por algunos como "*un levantamiento de los ricos contra los pobres*", conforme nos cuenta Hilaire Belloc pues, aunque exterior y superficialmente constituyó un movimiento anticlerical mucho más que antidoctrinal, su poder oculto residió en la avaricia de los príncipes, mercaderes y hacendados de gran parte de la Europa del siglo XVI.

Al desconocer la autoridad del Vicario de Roma y en un principio calificado por el propio Papa León X "*como una simple disputa entre monjes*", este movimiento defendió el derecho del creyente de ponerse en comunicación con Dios sin intermediario alguno y de ser el libre intérprete de las Sagradas Escrituras. Se postulaba así la autonomía fundamental del hombre, al tiempo que el mismo Lutero daba forma al conocido como "**derecho de necesidad**" expresado en la breve sentencia de que "**la necesidad no reconoce ley**", columna basilar de las orientaciones filosóficas alemanas del siglo XIX en cuanto atañe a la autoridad del jefe del Estado.

**3.- Fundamentos de la Escuela de Derecho Natural.-** La filosofía en general también cinculó figuras como **Giordano Bruno** (1548-1600), **Bernardino Telesio** (1508-1588) y **Tomás Campanella** (1568-1639). Con **Francis Bacon**, barón de Verulam (1561-1626) y **Renato Descartes** (1596-1650) nace la filosofía moderna. El primero de éstos fue quien primero desplegó las velas del navío en los mares insondables de la filosofía experimental, empírica, inductiva y positiva. Por su parte, Descartes buscó dentro de la conciencia la noción de certeza, lo que lo llevó a dudar de todo lo que no se apoyara "*en un punto de partida absoluto y comprobadamente verdadero; de donde el primer elemento de certeza es la existencia justamente del propio pensamiento que duda: cogito ergo sum...*". Esta es la "**duda metódica**", diferenciada así de la "**duda escéptica**". Es, pues, este autor del "**Discurso sobre el método**" el otro argonauta que busca como a un vellocino de oro la "*tendencia que polariza la filosofía moderna, llamada racionalista, deductiva y crítica*".

Se produce así no solo el arribo de la moderna filosofía del derecho en el siglo XVII, sino también el de otras guías del pensamiento jurídico, tales como:

**a)** la de la *filosofía del derecho* propiamente dicha, principalmente en los trabajos de **Hugo de Groot**, conocido como Grocio (1583-1645), **Thomas Hobbes** (1588-1679), **Benito Spinoza** (1632-1677), **John Locke** (1632-1704), entre otros, en la cual, en forma especulativa, se explica y da apoyo racional al fenómeno jurídico; **b)** la de la *jurisprudencia*, en manos de los juristas prácticos, acuciosos manejadores de las reglas de derecho y de las recalçadas costumbres, que asesoraban a particulares e incluso a gobernantes como *consejeros prácticos*. **c)** la de los *jurisperitos cultos*, que hicieron un estudio circunstanciado de los textos del derecho romano, logrando comentarios en donde se releva la filosofía del derecho. **d)** la de la *ciencia política*, en que los escritores de derecho tuvieron que ver con la organización del Estado y la política, señalando figuras como las de **Nicolás Maquiavelo** (1469-1527), político más que filósofo y jurista, autor de varias obras entre las que se destaca "El Príncipe", en donde recomienda ciertos principios a los jefes de Estado para que puedan alcanzar plenamente sus objetivos y el fortalecimiento de su poder, originándose así el célebre *maquiavelismo* para todo "procedimiento artero", impulsado por el breve principio de que "el fin justifica los medios". Otra figura de perfil perfectamente retocado es la de **Juan Bodin** (1530-1596), autor de "La República", en donde concluye, a pesar de la denominación, que la mejor forma de gobierno es la monárquica y que "el atributo fundamental del Estado es la soberanía, la que es absoluta e indivisible". Bodin resulta así, al lado de Maquiavelo y de Hobbes, uno de los líderes del absolutismo. **Thomas More** (1478-1535), gran figura en el reinado inglés de Enrique VIII también aportó su "Utopía", obra en que se describe una isla imaginaria con ese nombre "en la que todos sus habitantes son felices y sabios y donde existe un Estado perfecto cuya organización y funcionamiento explica, en el que todo es imaginario, llamándose los príncipes "Ademos" (en griego: sin pueblo) y los ríos "Anhidros" (en griego: sin agua)", afirmando además, "que el Estado ideal no existe en ninguna parte y que solo puede ser pensado pero no realizado". Esta cita de personajes la concluimos con **Tomás Campanella** (1568-1639) quien escribió "La ciudad del Sol", en donde, a la manera de More, "imagina un Estado cuyo jefe supremo se llama Hoh, el que se encuentra asistido por tres ministros nombrados la Fuerza, la Sabiduría y el Amor. De igual modo que en La República de Platón, en ese Estado está abolida de manera absoluta la propiedad privada y el matrimonio monógamo, existiendo comunidad de bienes y de mujeres; y la procreación de hijos es regulada directamente por el Estado..."(2).

**4.- Propositiones de la Escuela de Derecho Natural.-** La exaltación de lo humano en las fecundas sendas de la edad moderna sembró ricas secuelas en el derecho. La influencia de la divinidad tuvo que apartarse para dejar entrar un movimiento ideológico que como sistema se impuso a partir del siglo XVIII, luego del Renacimiento, pero como su consecuencia directa y trascendente. Es esto lo que conocemos como **Escuela de Derecho Natural**, cuya esencia puede expresarse diciendo que "es el humanismo transportado al derecho en alas de la filosofía"(3).



No son éstas, sin embargo, las primeras apariciones del derecho natural, pues ya éste se había manifestado en el estoicismo griego y la jurisprudencia romana, como emanaciones de la naturaleza cósmica, y en el discurrir teológico medioeval como una ley proveniente de la razón misma de Dios en que la esencia y fundamento de lo natural relacionado con el derecho se encontraba en la naturaleza del hombre.

Los *iusnaturalistas*, como se comenzaron a llamar los cultivadores de este manantial doctrinario, resumieron en cuatro proposiciones para saborear los postulados de esta escuela. Son ellos: 1º. El fundamento del derecho adscrito a la naturaleza humana. 2º. El estado de la naturaleza. 3º. El contrato social. 4º. Los derechos naturales innatos.

**4.1.- Primera proposición: el fundamento del derecho adscrito a la naturaleza humana.-** Este enunciado es bastante sencillo pero, ¿cuál es la naturaleza del hombre y cuál su sentido? La aseveración, que implica todo lo que tiene de universal, perenne y absoluta esa naturaleza, ha sido de tal manera enguinaldada que mientras para algunos, como Grocio, la inclinación innata del hombre es la de vivir en sociedad, o sea el *appetitus societatis*, para otros como Hobbes es su profundo egoísmo, condensado en las palabras de Plauto en *Asinaria: Homo homini lupus*, porque el hombre es para sus semejantes peor que las mismas fieras. El sentido de esa naturaleza, así las cosas, es lo *primordial*, la *génesis de las cosas*. También era natural "el derecho el que se suponía que había regido primero entre los hombres, aquel que nosotros llamaríamos el derecho positivo de la más remota edad" (4).

**4.2.- Segunda proposición: el estado de naturaleza.-** Aunque para Juan Jacobo Rousseau este estado de naturaleza en realidad no había tenido realidad histórica, a él había que referirse como a un hito explicativo de la vida social en donde el Estado no existía y los hombres degustaban sus derechos con plena libertad. Era una *edad de oro* en la que el viento refrescaba la vida y todo tenía el sabor de la ambrosía.

**4.3.- Tercera proposición: el contrato social.-** El hedonista de los placeres superiores, el sibarita que consideró la amistad como el más grande de los placeres, el que llevaba la batuta de los "filósofos del jardín" el gran Epicuro (341-270 a.C.), fue quizá el primero en considerar el Estado como el resultado de una creación arbitraria, un pacto para lograr la utilidad común y así la eliminación de las luchas constantes entre los hombres, creadoras de ruinas y dolores. Es esta la forma inaugural del contrato social, prohijada por los escritores medioevales gibelinos, en los que se distingue Marsilio de Padua. El Renacimiento también fue campo feraz en el que nació cierta vegetación dañina para las concepciones teocráticas, de la cual surgió la explicación justificante no solo de la convivencia social, sino también del poder del jefe del Estado. La sociedad se fundamentó así en un *pactum unionis* (contrato social) acordado libremente y con él en un *pactum subiectiones* (contrato político) en el que "cada uno dándose a todos,



*conservaba íntegramente sus derechos*", conforme con las propias enseñanzas de Rousseau.

**4.4.- Cuarta proposición: los derechos naturales innatos.-** Finalmente, como producto de todo lo anterior se instituyeron algunos de los llamados **derechos naturales**, innatos, subjetivos, esencialmente justos, que no podían ser desconocidos ni atropellados pues, además, a ellos debía ajustarse irremediamente la legislación positiva. El racionalismo jurídico encuentra así en la Escuela de Derecho Natural un modelo perfectamente delineado, en el que se iguala el derecho con la justicia.

**5.- Principales expositores de la Escuela de Derecho Natural.-** Las cuatro proposiciones acabadas de tratar en forma sucinta fueron estudiadas por varios autores, a veces desde posiciones diferentes. En esa destellante lista encontramos a Hugo de Groot, Thomas Hobbes, Benito Spinoza, John Locke, Samuel Pufendorf y Cristian Tomasio, cuyas tesis doctrinarias fueron tratadas, a grandes rasgos, así:

**5.1.- Hugo de Groot (Grocio 1583-1645).-** Por muchos considerado el padre del derecho internacional y creador de la escuela racionalista del iusnaturalismo, autor de varias obras como *El mar libre*, *Del derecho de presas* y del *Del derecho de la guerra y de la paz* que inició una nueva era en las concepciones del derecho. En ésta trata problemas relacionados con la situación de guerra y de paz entre los estados. Grocio discurre que entre las cualidades del hombre son dos las que se destacan: *la facultad de saber y de obrar conforme a preceptos generales* y *el deseo de sociedad (appetitus societatis)* fundamento del derecho natural, el cual sitúa como cimiento del desenvolvimiento de la vida social.

Grocio define el derecho natural diciendo que *"es un dictado de la recta razón que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza"*. La autonomía del derecho natural es *inmutable* y existiría *"aunque no existiese Dios o aunque éste no cuidase de las cosas humanas"*.

A Hugo Grocio se le conoce también como *"el jurisconsulto del género humano"*.

**5.2.- Thomas Hobbes (1588-1679).-** Este filósofo inglés escribió varias obras como *"Elementos de Derecho Natural y de Política"*, *"Del ciudadano"*, siendo su producción cumbre el *Leviathán*, publicada en 1651, aludiendo al monstruoso pez que devoró a Jonás según el relato del Viejo Testamento. Hobbes parte reconociendo la igualdad entre los hombres, pero al no lograrla, la agresividad y la desconfianza originan una situación de lucha de todos contra todos: el hombre es lobo para el hombre, **homo homini lupus**. Pero con el fin de subsistir e impulsado por el *timor mortis*, mediante un convenio el hombre elimina este *Estado natural* para crear un *Estado civil*, al cual traspasa todos sus derechos configurándose de esta manera, por la cesión voluntaria, un Estado absoluto, un

**Leviatán**, monstruo que desconoce todo principio moral, siendo él quien verdaderamente aniquila a los hombres, pero que tiene como misión visible mantener el orden y la paz interna a toda costa.

Thomas Hobbes define así al **derecho natural**: "... es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin".

**5.3.- Benito Spinoza (1622-1677).**- El aporte de este holandés de origen español fue mayor para la filosofía general que para la filosofía del derecho. Sus obras en esta última fueron el "*Tratado teológico-político*" y el "*Tratado político*" que no alcanzó a terminar por su temprana muerte.

Spinoza concibe al Estado como un orden coactivo apoyado en la fuerza. Pero en esta doctrina el factor racional adquiere singular importancia porque el hombre, por el simple hecho de serlo, está orientado por una facultad natural en él que es la razón.

**5.4.- John Locke (1632-1704).**- Este filósofo inglés transita por derroteros diferentes a los de Hobbes y de Spinoza. Aunque el estado de naturaleza y el pacto social hacen parte de sus aportes, su lugar de llegada es completamente opuesto. En su obra "*Dos tratados sobre el gobierno*", publicada en 1689, en el cual sostiene que el gobierno sustentado por el contrato social (*pactum subiectiones*) no puede ser hipertrofiado en su ejercicio para ser arbitrariamente usado. El ser humano es sociable por naturaleza y únicamente ante la carencia de autoridad, para imponerla llegó al pacto social. "*Locke se nos presenta hoy como uno de los precursores directos de Rousseau, como el liberal que parece anunciar con un siglo de anticipación la declaración de los derechos del hombre y de los ciudadanos de la Revolución Francesa*"(6).

**5.5.- Samuel Pufendorf (1632-1694).**- Gran jurista, es autor "*Del derecho natural y de gentes*" y "*Del oficio del hombre y del ciudadano*". Pufendorf acoge todo lo discurrido en cuanto al *appetitus societatis* se refiere, pero como insaculado en el receso que le proporciona la inexistencia del Estado y, por lo tanto, la ausencia total de legítima autoridad. Al tratar de hacer compatibles las ideas de Grocio con las de Hobbes, llega a la conclusión de que el fin del Estado es la *pax et securitas communis*. Pufendorf fue el primero en considerar que el Estado es persona jurídica, dando también buena luz a algunos conceptos de derecho como las diferencias entre derecho natural y derecho positivo, derechos innatos y adquiridos, entre otros.

**5.6.- Cristian Tomasio (1655-1728).**- Este jurista alemán escribió "*Instituciones de derecho divino*", fue un seguidor conteste de Pufendorf y en "*Fundamentos de derecho natural y de gentes*" es donde se encuentra lo principal de sus opiniones.

Para Tomasio la *ética*, la *política* y la *jurisprudencia* son las tres fuentes del obrar, cada una destinada a refrescar y fertilizar un campo específico: la ética con lo *honestum* y su principio de "*Hazte a ti mismo lo que quisieras que los demás se*

*hicieran a sí mismos*"; la política con el *decorum* y su principio de "Haz a los demás lo que quisieras que ellos te hicieran a ti" y la jurisprudencia o derecho con lo *iustum* y su principio de "No hagas a los demás, aquello que no querrías que ellos te hicieran a ti". Para subrayar estas diferencias, Tomasio advirtió como fin del derecho el mantenimiento de la paz externa de los hombres, y de la moral lo que comprendía su fuero interno. Esta fue la primera manifestación de la separación entre el derecho y la moral, consumada después por las doctrinas de Manuel Kant, quien agregó esencialmente para el derecho la *coactividad*.

**6.- Opiniones antiusnaturalistas.**- La segunda mitad del siglo XVII se distinguió en esta materia por la reacción contra las corrientes de la Escuela de Derecho Natural. En Alemania, sobre todo, surgieron distinguidos contradictores que negaban ser la razón y el apoyo de la ley natural. Figuras como las de Godofredo Guillermo Leibnitz (1646-1716) y Cristian Wolff (1679-1754) fueron los pioneros de esta reacción, en que el primero de los nombrados con su *teoría de la esencialidad* veía en la esencia de Dios el surtidor del derecho siendo éste, fundamentalmente, de carácter coercitivo, a semejanza de lo dicho por Tomasio.

Cristian Wolff opina, más adelante, que el derecho no es otra cosa que cumplir con el deber, mientras la moral lo que hace es ordenar. El primero es una *lex permissiva*, mientras la segunda es una *lex praeceptiva*. La ley natural desaparece y se volatiliza la distinción entre el derecho y la moral.

**7.- La obra de Rousseau. Plenitud de la Escuela de Derecho Natural.**- A pesar de los estudios de Leibnitz y de Wolff, la Escuela de Derecho Natural continuó su marcha hacia la más luminosa sumidad y es en la segunda mitad del siglo XVIII cuando hace acto de presencia en acontecimientos políticos como la Revolución Francesa, ejerciendo así una significativa influencia en la transformación jurídica de gran parte del continente europeo, presentando además una bien estructurada *racionalización* del principio del pacto social. Estas circunstancias fueron tenidas en cuenta en la obra de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), quien publicó "*Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*" y su siempre presente "*Contrato social*", en el primero de los cuales estudia cómo era la vida en sociedad de los que vivieron a solaz en el estado de naturaleza, hasta cuando el amurallado pronombre posesivo, como diríamos ahora, comenzó a ser usado y alguien dijo por primera vez: "¡Esto es mío!".

En el "*Contrato social*" el pacto deja de tenerse como algo históricamente sucedido, transformándose en una noción teórica, como un tratado de deberes, como una condensación deontológica. Persiguiendo así una explicación racional sobre la manera como los hombres pudieran conservar íntegramente sus derechos naturales y su libertad, Rousseau, como él mismo lo expresa, se dio a "*encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a las personas o los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes*". El hombre en sociedad sólo se inclina ante la voluntad general de la que es parte integrante. Este es el contrato social.



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit, pág. 112, 113.
- (2) BELLOC, Hilario. *"Cómo aconteció Reforma"*. Emecé Editores S.A., Buenos Aires, pág. 36.
- (3) RUIZ MORENO, Martín. Ob. Cit., páginas 256/257.
- (4) ———. Ob. Cit., (4, 5, 6, páginas 260-261-277), respectivamente.



## CAPÍTULO III

# *Otras escuelas filosóficas*

**1.- El derecho racional.-** Continuamos nuestra marcha diciendo que extendidas las ideas de Juan Jacobo Rousseau, es con Manuel Kant que termina la Escuela de Derecho Natural y empieza la Escuela del Derecho Racional y de quien se ha dicho ciertamente *que se puede estar con Kant o contra Kant, pero nunca sin Kant.*

La grandeza de este filósofo lo ha llevado a formar parte de un triángulo cuyos otros dos catetos son Platón y Aristóteles, paradigmas de ese mundo inefable de los griegos que deberíamos estudiar respetuosamente de rodillas, como si estuviéramos delante de un altar. Pero de la enorme producción kantiana nos interesa principalmente para nuestro estudio la "*Metafísica de las costumbres*", publicada en 1797, que contiene en la primera de sus dos partes titulada '*Principios metafísicos del Derecho*' su concepción sobre la filosofía del derecho.

Kant, lo mismo que Rousseau de quien recibió una gran influencia en sus teorías políticas, consideraba la **libertad** como un derecho innato y natural del individuo. Todo hombre es independiente, no tiene más amo que él mismo y debe ser tratado como un fin en sí. En cuanto al Estado se refiere, lo consideraba como '*una unión de una pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas*' que tiene como principal y quizás única función garantizar el cumplimiento del derecho. La separación de poderes es patente en sus tesis. Por otra parte, sigue las huellas de Tomasio sosteniendo que la moral pertenece al fuero interno del hombre y el derecho al fuero externo, pero agregando un elemento que establece una gran diferencia entre ambos que es la **coacción** como distinción del derecho.

Jean Teófilo Fichte, Federico Guillermo Schelling y Jorge Federico Guillermo Hegel son otras figuras que continúan el estudio sobre las relaciones o punto de

diferencia entre el derecho y la moral. Con el último de los nombrados se cierran las puertas de la teoría del derecho racional. Surgieron entonces la teoría de la cultura y la historia universal.

**2. El Historicismo.-** Luego de la del derecho racional, otras escuelas dan a conocer sus enseñanzas. Se encuentran entre ellas la del **Historicismo**, la del **Empirismo Jurídico**, la del **Renacimiento idealista** y la del **Irracionalismo en el Derecho**, entre otras, pero en esta oportunidad solo trataremos de las dos primeras que es donde se encuentran los remanentes de la Teoría General del Derecho o, más sencillamente, de la introducción al derecho.

El *Historicismo* se levanta en los acontecimientos del pasado, verdaderos nutrientes de toda clase de legislación. Su cuerpo se trifurca en las corrientes del *historicismo filosófico*, *historicismo político* e *historicismo jurídico*, los cuales, aunque tienen la misma esencia, son diferentes en su naturaleza intrínseca. Pero es el *historicismo jurídico* en donde realmente podemos hablar de una verdadera escuela como es la *Histórica del Derecho*, en donde brilla la figura del Barón de Montequieu por haber sentado las bases de las ciencias sociales, la inspiración que dio a las doctrinas constitucionales y la división de poderes sostenida por esa '*megamáxima*' de que '**Para que no se pueda abusar del poder es preciso que el poder detenga al poder**'.

Pero, indiscutiblemente, el esplendor de esta escuela lo hallamos en la obra de Federico Carlos de Savigny (1779-1861), que fijó con clara amplitud en '*Sistema de derecho romano actual*' los pilares de la teoría histórica del derecho en las instituciones jurídicas promoviendo a la **costumbre** como fuente del derecho.

En síntesis, el **Historicismo** encuentra su pábulo en las siguientes tres tesis:

1ª.- La comparación del derecho con el lenguaje, que fue desarrollada por Gustavo Hugo (1768-1834): el derecho, como el habla, se formó espontáneamente, no era de creación artificial;

2ª.- La fuente del derecho estuvo en la conciencia del pueblo, tesis que sostuvo duramente Savigny apoyado en las ideas de Schelling y Moser y que Puchta acogió añadiendo que este espíritu tiene una personalidad objetiva totalmente distinta de las individualidades que lo componen;

3ª.- La costumbre es la fuente más importante del derecho. Jorge Federico Puchta fue quien más se afanó por sostener esta tercera tesis del **Historicismo**: '**El legislador ... no debe ser sino el intérprete y traductor oficial de las reglas consuetudinarias**'.

A pesar de la beneficiosa fuerza motriz dada a la escuela histórica por la cátedra y la doctrina, a finales del siglo XIX sus conclusiones fueron limadas por Rodolfo Von Ihering (1818-1892), quien publicó '*El espíritu del derecho romano*', incorporando las ideas de *lucha y fin* como elementos de corrección y formación del



derecho. En '*El fin en el derecho*' nos dejó dicho: '*...la lucha es el trabajo eterno del derecho. Si es verdad decir: ganarás el pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho... en el dominio del derecho nada existe más que por el fin y en vista del fin; el derecho todo, no es más que una creación del fin*'.

**3.- El empirismo jurídico.**- Esta nueva corriente de índole filosófica ocupa gran parte del siglo XIX, aludiendo únicamente al derecho que existe, presente o pasado, escrito o no escrito, con sus tendencias o **Escuelas del Positivismo** (*sociológico, jurídico, crítico*), la **Teoría General del Derecho**, la **Ciencia del Derecho Comparado**, la **Escuela Económica**, el **Utilitarismo** y el **Pragmatismo**.

**3.1.- Positivismo sociológico.**- El *positivismo* hundió sus sápidas raíces y fueron numerosos los que siguieron las tendencias de sus nuevas orientaciones, siendo Herbert Spencer (1820-1904) quien muestra en su obra "*Los primeros principios*" las semillas primogénitas de su doctrina, que desarrolló ejemplarmente con una serie de publicaciones como "*Principios de Biología*", "*Principios de Psicología*", "*Principios de Sociología*" y "*Principios de Ética*". En su obra "*La justicia*", como una reacción iusnaturalista, trató de "una serie de derechos de carácter absoluto, como el de la integridad física, de libertad de movimientos, de propiedad, de dar y restar, de libertad de trabajo, de palabra, de imprenta y otros similares".

El positivismo sociológico tuvo en el francés **Emile Durkheim** (1858-1917), otro de sus representantes estelares. Su obra, de gran valor para la sociología general, tiene alcances que llegan hasta tratar de las leyes y el Estado. **Gabriel Tarde** (1843-1904), coloca al derecho bajo la tutela de la sociología. Otros autores, como **Lucien Levy Bruhl** (francés, 1857-1939), **Ludwig Gumplowicz** (1838-1909), **Alfred Fouillée**, **Ernst Rudolph Bierling** (alemán, 1841-1919), **Roberto Ardigó** (italiano, 1828-1920), Pontes de Miranda (brasileño), son otros de los tantos tratadistas que dieron también su aporte al positivismo sociológico con obras en que, de un modo u otro, se refirieron al derecho pero siempre visto desde las atalayas de la sociología.

Merece mención especial la inmensa influencia que tuvo la sociología positivista en el derecho penal. El jurista y sociólogo italiano **Enrico Ferri** (1856-1929) en su "*Sociología criminal*" abrió para las concepciones del delito y de la pena, lo mismo que para la apreciación del delincuente, nuevos criterios de estudio y aplicación. **Jorge Jellinek** y **Von Liszt**, en Alemania igualmente estudiaron el delito y la pena desde miradores puramente sociológicos.

**3.2.- Positivismo jurídico.**- La *existencia* de la regla de derecho es la columna dorsal del *positivismo jurídico*. Las consideraciones deontológicas y fundamentaciones racionales no son tenidas en cuenta ante una negación absoluta del derecho natural. Quizá el más destacado seguidor de este movimiento sea **León Duguit** (1859-1928), en cuya obra de gran frondosidad y sabiduría figuran títulos como "*El Estado, el derecho objetivo y la ley positiva*", *El derecho social*,

el derecho individual y la transformación del Estado" y "Tratado de derecho constitucional", entre otras muchas untadas de fuerza y saber, en donde es preeminente su esfuerzo de negación que hace como crítica constructiva y que lo lleva a afirmar: "Nuestro fin no es decir lo que el Estado es, lo que es el derecho, sino más bien decir qué es lo que no son. Felices seríamos si pudiésemos contribuir con nuestra modesta parte a romper los cuadros estrechos y artificiales en que se encierra hace siglos el pensamiento jurídico". El derecho en Duguit es ciencia experimental y lo considera parte de la sociología. Su pensamiento se extiende hasta instalar en el mundo jurídico las **situaciones jurídicas** en reemplazo de los anteriormente denominados *derechos subjetivos*, como actos de voluntad que regulan sus relaciones jurídicas. El *derecho objetivo*, entonces, es el único que existe realmente y que por lo tanto se puede y debe llamar "**derecho**".

En Francia otros autores fueron de ostensible importancia en la corriente interpretativa de la "**exégesis**", que, salvo algunas excepciones, se puede adscribir al *positivismo jurídico*; lo mismo en Alemania con los "**pandectistas**", los cuales sostuvieron que la fuente del derecho solo se encuentra en la naturaleza misma de las cosas, independientemente de cualquier principio ideal y abstracto.

Finalmente, en este apretado y mínimo resumen, debemos mencionar a Georges Ripert, quien sostiene que "*la esencia del positivismo jurídico es considerar las reglas jurídicas establecidas como las únicas normas de la conducta humana y de profesar, por consiguiente, la plenitud del orden jurídico positivo. Pero admitiendo la exactitud de esta concepción, no se puede evitar el preguntarse a qué título este orden positivo se impone a nuestra obediencia y por qué nos hallamos forzados a inclinarnos frente al mandato*". Ripert abre sedientos interrogantes buscando el porqué del poder del Estado y de la obediencia a la ley y sostiene la supremacía de las reglas morales sobre las jurídicas quitándole al derecho su característica de ciencia autónoma. De él son estas palabras: "*No hay en realidad entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de dominio, de naturaleza y de fin. No puede haberla porque el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral. La regla moral llega a ser norma jurídica gracias a una inyección más enérgica y a una sanción exterior necesaria para el fin a alcanzar. Ella se encarna y se precisa por la elaboración técnica de la regla jurídica*".

En Italia es preciso tener en cuenta a **Salvatore Fragapane**, que publicó "*El problema de los orígenes del derecho*" y "*Objeto y límites de la filosofía del derecho*"; a **Antonio Falchi** con sus obras "**Las exigencias metafísicas de la filosofía del derecho**", y "*La teoría del derecho en el sistema de la filosofía jurídica*"; y a **Alejandro Levi** con "*La sociedad y el orden jurídico*" e "*Instituciones de teoría general del derecho*". Todos estos autores y sus obras son objeto del estudio de la Filosofía del derecho.

**3.3.- Positivismo crítico.**- Esta modalidad del *positivismo* se identifica por presentar una doble base: la de considerar el *hecho real* de la existencia del derecho ciñéndose exclusivamente a la legislación conocida y, además, la de aceptar en

la programación de la filosofía del derecho lo que el derecho *debe ser*, arrobándose con la máxima ya paladeada gustosamente por los positivistas: "conténtate con el mundo ya dado". En esta posición metapositivista figuran principalmente **Icilio Vanni** (1855-1903), **Francisco Consentini** y **Vicenzo Miceli** (1858-1932), lo que dio al movimiento un aroma puramente italiano.

### 3.4.- Teoría general del derecho.-

*En la marcha que hemos iniciado sobre el desarrollo de las distintas teorías y exposiciones que se han conocido sobre la naturaleza del derecho, llegamos a la indistintamente llamada INTRODUCCIÓN AL DERECHO O TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Es esta, quizás, la verdadera iniciación de nuestro trabajo que hemos desplazado precisamente para darle una correcta ubicación en el avance conceptual del derecho.*

*La doble titulación mencionada se debe a que cuando su extensión es restringida y su fin netamente didáctico se le denomina INTRODUCCIÓN AL DERECHO, pero cuando demuestra una modalidad del positivismo jurídico a su vez surgido del empirismo ídem en la Filosofía del derecho, se le llama TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Es una asignatura teórica a la cual corresponde, en opinión de Ernst Rudolf Bierling, la misión inductiva de "encontrar aquello que es similar en todos los derechos positivos o, con otras palabras, lo que pertenece al género o 'derecho' en oposición a todos los derechos particulares'.*

*Adolf Merkel y Karl Bergbohn, acompañados por el también citado alemán Bierling, trazaron luego un programa de la Teoría general del derecho como "conjunto de generalizaciones relativas a los fenómenos jurídicos".*

*Queda claro, así las cosas, que lo que pretende la materia que presentamos es la identificación y aislamiento de todo lo que aparece como inmutable en la estructura jurídica, ya que solo las situaciones jurídicas particulares son las que están sujetas a los vaivenes que se ocasionan en el ordenamiento jurídico.*

*Algunos autores, con caso omiso de estos significados, han publicado sus obras empleando caprichosamente uno u otro nombre.*

*No queremos dejar rezagada en el camino la Escuela analítica inglesa de jurisprudencia, iluminada por John Austin, considerado el más insigne jurisconsulto inglés del siglo XIX. En las tesis de Austin hay distinción entre jurisprudencia general o filosofía del derecho positivo, jurisprudencia particular y ciencia de la legislación. La primera de estas tres partes es precisamente la teoría general del derecho. "Entiendo por jurisprudencia general la ciencia a la que le incumbe la exposición de los principios, nociones y distinciones que son comunes a los sistemas de derecho", dice el mismo Austin. Las otras tesis se alejan de nuestros comentarios.*

*Finalmente, queremos aprovechar un ejemplo que nos da el profesor Martín T. Ruiz Moreno en su obra "FILOSOFÍA DEL DERECHO" (Buenos Aires, Editorial*

Guillermo Krafk Ltda, 1944, páginas 365-366): para aclarar más el contenido de nuestra materia: "Un particular ocurre ante un juez demandando a otros por haberle causado un daño en una huerta que posee, y el juez resuelve condenando al demandado a una compensación en dinero a favor del reclamante. Aparece, en primer término, la existencia de una regla o precepto que invoca a su favor el lesionado; surge así una norma objetiva preexistente, por un lado, y una facultad por otra, ejercitada por el autor, que lleva a la doble noción de derecho objetivo y derecho subjetivo que determina perfilar los caracteres, esencia y modalidades del derecho de propiedad, que es el que juega en este caso. Al mismo tiempo, se percibe la existencia de un sujeto y un objeto de derecho y de una relación jurídica que los vincula y en base a la cual se personifica la sanción del juez en cabeza del autor del daño y no de otro individuo. Estos tres elementos están presentes en todas las situaciones jurídicas, son constantes, pudiendo variar al infinito la individualidad del sujeto, su condición, si es de existencia real o ideal, nacional o extranjero, hombre o mujer, menor o mayor de edad, casado o célibe, como asimismo el objeto de la relación de que se trate, con la infinita variedad que ofrece la vida misma. Descúbrese que el ejemplo en examen cae en el campo del derecho privado y no en el público, porque tales y cuales razones –por tratarse de dos particulares, por no haberse lesionado un interés público– la situación configurada tiene características esenciales comunes a todos los casos, así sean millones y millones, en los que la relación sea el derecho privado. De ahí nace también una teoría general de los actos jurídicos que, abstrayendo, como en el caso del sujeto y el objeto, las minucias del caso singular originalismo, presenta caracteres constantes y especies definidas que contienen idénticos elementos bajo cualesquiera apariencia que se presenten en la experiencia jurídica. La teoría general del derecho consiste, pues, en una exposición no valorativa, coordinadora, generalizadora, que procura describir rasgos comunes, constantes y permanentes en los elementos constitutivos del derecho. El solo enunciado de su contenido hace ver cuan amplio y variado puede ser su programa".

**3.5.- Otras corrientes del empirismo jurídico.- Escuela utilitaria:** la filosofía utilitaria se aparta completamente de toda postura ética haciendo reposar toda su contenido en todo aquello que sea conveniente y provechoso. La utilidad es el mayor de los valores sociales convirtiéndose en una especie de brújula de la legislación y la moral. El utilitarismo inglés y el pragmatismo americano son etapas doctrinarias de reconocida importancia en la expansión de las ideas utilitarias.

En Inglaterra, a principios del siglo XIX fue Jeremías Bentham quien sembró las semillas del utilitarismo. Etapas posteriores, fueron impulsadas por John Stuart Mill y Heriberto Spencer. En el primero de los nombrados utilidad y placer se identifican. La legislación debe brotar de estos principios "procurando favorecer la asociación mental entre el bien y el individuo y el de la colectividad". Heriberto Spencer con criterio más amplio que el de Mill arriba al utilitarismo racional. Impulsados a las orillas alemanas encontramos a Rodolfo Ihering con su teoría del interés "como factor determinante del fin del derecho".

En lo que se refiere al pragmatismo “fue llevado al ámbito de la teoría del derecho y de la justicia... muchas son las nociones e instituciones del derecho, muy comunes, en las que se ha señalado la inspiración pragmática que las preside y ha determinado su estructura y funcionamiento. Así, las ficciones legales serían meras “hipótesis de trabajo” sin las cuales ni siquiera podría buena parte del derecho llenar su cometido, como los conceptos de justo precio, buen padre de familia, herencia yacente, tradición, y lo mismo las presunciones, establecidas en base a la idea de la dificultad práctica de la prueba y no por ninguna otra razón. La mayoría de los términos procesales y todo lo pertinente al cumplimiento de las medidas de prueba, como ser su término limitado, su relación directa con la causa, su inmediatez, la calificación de ellas, etcétera, pertenecen al dominio del más puro pragmatismo. Otro tanto puede afirmarse de la prescripción, que no radica sino en la imposibilidad de controlar el título y las pruebas de un derecho, el decurso del tiempo que ha debilitado la memoria, la menor probabilidad de oposición por parte de terceros, etcétera, razones todas pragmáticas que justifican empíricamente esta institución tan importante en la vida práctica del derecho...” (Filosofía del derecho-Martín Ruiz Moreno, páginas 387-8, 1944).

**\*Escuela económica.-** Los postulados de esta escuela han estremecido hondamente las estructuras contemporáneas. En cuanto a nuestra materia podemos afirmar que la economía y el derecho conviven en una relación de causa a efecto, de antecedente a consecuente, “Dada esta relación de jerarquía –dice Stammler– la regulación jurídica sólo puede aparecer en segundo término dentro del rango; inexorablemente, tendría que guiarse por el curso de evolución de los fenómenos económicos conforme a su ley, ajustándose gradualmente a estos fenómenos; leyes propias e independientes que rijan el orden jurídico no las hay, según la filosofía materialista de la historia.

Figuras exertas de esta escuela son Carlos Marx y Federico Engels.

**\*La ciencia del derecho comparado.-** Sobre esta ciencia afirmó **Josef Kohler** que la Historia universal del derecho que suele también denominarse Ciencia del derecho comparado. Tiene por objeto la investigación, hasta donde sea posible, del derecho de todos los pueblos, lo mismo de los vivos que de los muertos, e investigarlo, no sólo por lo que se refiere al orden jurídico objetivo, sino también a su actuación en la vida jurídica subjetiva”.

El nombre de *Ciencia del derecho comparado* –explica Ruiz Moreno– viene de que se procura descubrir el enlace y relación que tienen entre sí las formas y fenómenos jurídicos que se presentan diferentes en el tiempo y en el espacio, buscándose fijar sus caracteres permanentes, si los hay, sus formas evolutivas o apariencias sucesivas en los diversos pueblos que componen la humanidad: es, por lo tanto, una ciencia universal del derecho. Se le llama también *Jurisprudencia etnológica* o *Etnología jurídica* por esa circunstancia de tomar como objeto de sus investigaciones comprensivas pueblos y razas.



**3.6.- El Renacimiento idealista.- Neokantismo.-** En la segunda mitad del siglo XIX, tomando impulso con el estribillo de "*Por consiguiente, es necesario volver a Kant*" ideado por Otto Liebmann, tomó impulso el movimiento neokantiano con el nacimiento de dos escuelas como fueron las de **Marburgo** y la de **Baden**.

La **Escuela Marburgo**. Entre las figuras estelares de esta escuela que entraron al estudio del derecho encontramos a Rudolf Stammler, ya que en la *Teoría de la ciencia del derecho* expone los problemas filosóficos del derecho en forma bastante amplia y organizada. Stammler, se ha dicho con acierto, "fue quien primero transportó el método crítico de Kant a los dominios del derecho y la justicia, lo que este filósofo no había hecho, pues su *Principios metafísicos del derecho fueron solo un tratadito* de derecho natural inspirado, en ciertos aspectos, en las ideas de Rousseau. Fue Stammler quien labró categorías o conceptos a priori aplicables a la experiencia jurídica, llevó la noción de forma y materia a la vida social adaptó la vida figura kantiana de voluntad pura e idea de rectitud a la resolución del problema de la justicia: resultando por ello, cronológicamente, el primer kantiano en la historia de la filosofía del derecho".

La Escuela de Baden.- A esta escuela también se le conoce con el nombre de "*Escuela eticista de Baden*". Sus figuras más destacadas fueron Emil Lask y Gustav Radbruch. Con este último se destaca "el rasgo primario del valor "seguridad" en el derecho, como el que define su esencia peculiar en el concierto de los otros valores de la cultura".

**\*Otras corrientes de interés en la Filosofía del derecho.-** Temas de gran importancia que sobrepasan el contenido de nuestro estudio para ubicarse plena y cómodamente en una obra sobre estricta Filosofía del derecho, son el del *Neocriticismo Escuela de Viena, Neohegelianismo, Irracionalismo en el derecho, en donde se estudia la intuición en el derecho, la filosofía fenomenológica, el bergsonismo y otras corrientes idealistas y espiritualistas como la escuela de Karl Krause, los escritores teológicos protestantes, la filosofía neoclásica y el moderno derecho natural de Francia.*

Algunas de ellas han dado asiento a figuras de extraordinaria grandeza jurídica como Giorgio del Vecchio con las obras *Los presupuestos filosóficos de la noción del derecho, El concepto del derecho, El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*; Hans Kelsen, cuya obra puede considerarse "como una prolongación, bajo otras vías metódicas, de su colega de Burdeos, Duguit, en el sentido de crear una ciencia jurídica rigurosa y que sea realmente tal, ciñéndose a ese efecto, al derecho positivo dado y nada más que a él, con exclusión de toda actitud especulativa con respecto a la justicia, al derecho justo o equitativo o al natural absoluto. (Ruiz M., pág. 430). Luego, abiertas otra vez las rutas del idealismo, por impulsos de la filosofía crítica, aparece la obra de Jorge Federico Guillermo Hegel distinguida como el *neohegelianismo* que tendrá efecto directamente en el dominio específico del derecho, simultánea y separadamente con otras fases del saber".

Damos también reducido espacio a breves notas sobre el *irracionalismo en el derecho* para decir que algunos filósofos y juristas hicieron empleo de la *intuición* aplicando su procedimiento a los dominios del derecho y de la justicia... 'los principios fundamentales que constituyen la armazón del derecho y la noción misma de su obligatoriedad, se nos presentan a nuestro espíritu en forma de evidencias, las cuales persisten al análisis que de dichos fundamentos y obligatoriedad se haga a *posteriori* por medio del análisis racional; y si esto es así tratándose del derecho en sentido estricto, con mayor razón si se considera la justicia, que es una noción que por sobre todo se nos aparece como un dato ora emocional ora volitivo en el espíritu, pero que no puede ser esencialmente comprendida ni exclusivamente explicada por la inteligencia razonadora'.

En la *Filosofía fenomenológica* que es el siguiente tema que nos llama la atención, encontramos a Adolf Reinach quien juzgó que los principales sectores del derecho deben ser estudiados siguiendo las indicaciones fenomenológicas pero aplicadas exclusivamente a instituciones del derecho civil como la pretensión, la promesa, obligaciones y derecho de propiedad. Wilhem Schapp siguiendo sus huellas trató en *La nueva ciencia del derecho* de dar un significativo salto para llegar al contrato bilateral "enlazándolo con la teoría del valor y descubriendo en ese tipo de relación jurídica una infraestructura y una superestructura, sus fórmulas propias y la independencia de éstas con respecto al derecho positivo, las pretensiones nacidas de este contrato y otras modalidades".

Unos pasos más y encontramos a Henri Bergson (*Bergsonismo*) que llega para comparar la sociedad a un organismo, "aunque no en el sentido causal naturalista, sino que desde el momento que las voluntades están organizadas imitan un organismo, y es en este organismo más o menos artificial donde el hábito juega el mismo rol que la necesidad en las obras de la naturaleza".

Más adelante, como ya quedó expresado, encontramos otras ideas y teorías que preferimos dejarlas para su estudio en el programa de Filosofía del derecho. Allí se podrá gozar más de su sabiduría y se entenderán mejor sus enseñanzas al lograr aprovechar su profundo significado. Con mejor ubicación se tendrá la oportunidad de gozar de ideas como las de la *escuela de Karl C. Krause, los escritores teológicos protestantes, la Filosofía neoescolástica y el moderno derecho natural en Francia*.





## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) RUIZ MORENO, Martín. Ob. Cit., pág. 305.
- (2) ———. Ob. Cit., 311/13.
- (3) ———. Ob. Cit., 323.
- (4) ———. Ob. Cit., 337.



## CAPÍTULO IV

# *Experiencias doctrinarias. La norma jurídica*

**1.- Experiencias doctrinarias sobre lo que es el derecho.-** En opinión de Norberto Bobbio hay tres experiencias doctrinarias sobre el significado del derecho. Son ellas la *teoría de la institución*. La *teoría de la relación* y la *teoría normativa*.

**1.1.- Teoría de la institución.-** Esta teoría se apoya en la *sociedad*, el *orden* y la *organización*, tres elementos esenciales que para Santi Romano, coterráneo y citado por Bobbio, son los constitutivos del derecho: la *sociedad 'como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiene el derecho y la organización, como medio para realizar el orden'*. La **institución** es, pues la sociedad organizada y ordenada, pero el tercer elemento, la *organización*, es el más importante y decisivo por ser la razón suficiente del derecho, 'la razón por la cual el derecho es lo que es y sin la cual no sería lo que es. Esto significa que el derecho nace en el momento en que un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica, de la fase de un grupo inorgánico o inorganizado a una fase de grupo organizado. Por ejemplo, una clase social es en verdad una forma de grupo humano, pero al carecer de una organización propia no produce un derecho propio, no es una institución. El fenómeno del paso de la fase inorgánica a la fase orgánica se llama también institucionalización. Se dice que un grupo social se institucionaliza cuando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser, según Romano, un ordenamiento jurídico'.

En síntesis, una institución necesita de un fenómeno originario, que es la producción de reglas, para constituir un ordenamiento jurídico. La teoría nació

como crítica bífara no solo de la teoría normativa, sino también de la teoría de la relación.

**1.2.- Teoría de la relación.-** En esta teoría nos encontramos con la elegancia teutona de Emmanuel Kant, sacando de los airones del iluminismo jurídico una teoría del derecho como relación jurídica, que nos dice que hay cuatro tipos posibles de relación de un sujeto con otros: 1) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que tiene solo derechos y ningún deber (Dios); 2) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que tiene solo deberes y ningún derecho (el esclavo); 3) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que no tiene derechos ni deberes (el animal, las cosas inanimadas); 4) la relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes (el hombre). Solo es una relación jurídica la última de las nombradas.

Por Alessandro Levi conocemos la más reciente teoría del derecho como relación jurídica, que nos dice que ésta es 'en el sentido tradicional de la palabra, una relación intersubjetiva, o mejor la relación entre dos sujetos, uno de los cuales es titular de un deber y el otro de un derecho'. La relación jurídica es, pues, una relación *derecho-saber*. El profesor Bobbio, por su parte, nos ilustra con la claridad de su estilo que 'relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica integrada en un ordenamiento jurídico, y calificada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico... La norma jurídica al calificar la relación, la transforma en relación jurídica... Los juristas dicen que una relación, hasta tanto no sea tomada en consideración por el derecho, es una *relación de hecho*... La admisión por parte del ordenamiento jurídico –que se realiza atribuyendo a uno de los sujetos una obligación y al otro un deber– transforma la relación de hecho en relación jurídica'(1).

**1.3.- Teoría de la normativa.-** Esta es la teoría de moda entre los estudiosos del derecho. Fuerte y sólida como un yunque es la opinión de Hans Kelsen cuando dice que por derecho debe entenderse '**el conocimiento de las normas**'. De las normas jurídicas, indudablemente.

El mismo tratadista advierte que todas las teorías estudiadas se complementan entre sí hasta el punto que la teoría normativa constituye el presupuesto de las otras dos. Cada una de ellas 'pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica: la teoría de la relación, el aspecto de la *intersubjetividad*; la de la institución, el aspecto de la *organización social*; la normativa, el aspecto de la *regulación*... La intersubjetividad y la organización son condiciones *necesarias* para la formación de un orden jurídico; el aspecto normativo es la condición necesaria y suficiente'(2).

"Creemos estar libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen

nuestras acciones en esta o en aquella dirección”, dice el ilustre profesor de Turín(3). Es algo así como si estuviéramos transitando en el famoso laberinto del rey Minos en la antiquísima Creta, pero afortunadamente siempre ayudados por el oportuno hilo de Ariadna que nos lleva a la salida con el brillante tesoro de las soluciones registradas en el ordenamiento jurídico.

**2.- La norma jurídica.-** El tema de la *norma jurídica* comprende la *ley* y aún la *costumbre* como fuentes reales del derecho. El contenido formal y subjetivo de la norma existe por sí solo ocupando un lugar y espacio diferentes al concreto y material de la ley que no llega a existir si no procede del legislador con sus requisitos de sanción, promulgación y publicación.

**2.1.- Estructura de la norma jurídica.-** La norma jurídica podemos estudiarla desde distintos puntos de observación. Así, por ejemplo:

**2.1.1.- La norma jurídica como juicio. Elementos.-** La estructura de la norma jurídica está confeccionada por los mandatos, facultades o prohibiciones de realizar algo sancionado por un castigo en caso de no cumplirse lo ordenado. Su función, pues, es regular la conducta humana. Con este fundamento han surgido varias teorías, entre las cuales encontramos la de la norma como un juicio con sus elementos que son el *supuesto normativo* que es la *hipótesis*, la *consecuencia jurídica* con su mote de *disposición* y la *cópula*, que son los mismos elementos lógicos sujeto, predicado y cópula. “El supuesto normativo o la hipótesis, como dice García Máynez, es la condición de cuya realización depende la consecuencia jurídica o disposición, y ésta es el efecto jurídico sobreviniente al cumplimiento de aquél. La cópula, que siempre está representada por el deber ser, enlaza la segunda con el primero. Por ejemplo, el Artículo 2341 del Código Civil Colombiano dice que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, debe pagar los perjuicios causados. En tal norma el supuesto normativo o la hipótesis es: ‘el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro’; la consecuencia jurídica es ‘pagar los perjuicios causados’, y la cópula el verbo ‘debe’. / Muchas veces los legisladores, por cuestiones de redacción, omiten uno y hasta dos elementos, o escriben la cópula en forma indicativa. Ello no quiere decir que falten esos elementos, simplemente van implícitos. Por ejemplo, el Artículo 58 de la Constitución Política dice: ‘Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...’. Aquí parece faltar el supuesto normativo y aun la cópula, pero es que en realidad lo que se dice es lo siguiente: A las personas naturales o jurídicas deben garantizárseles la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título... / El supuesto jurídico puede consistir en un hecho que entonces tendrá la categoría de hecho jurídico. Cuando así ocurre, las normas tipifican esos hechos en una forma abstracta o general, es decir, recogiendo de ellos los elementos generales o comunes a una misma clase o categoría de hechos, y dejando de lado los elementos o notas que los singularizan. Por ejemplo, ya vimos que el Artículo 2341 del Código Civil, dice: ‘quien ha cometido un delito o culpa, que ha causado daño a otro...’, sin expresar los elementos singulares de cada hecho delictuoso o culposo”.

Los juicios, en realidad, son una conexión entre conceptos y en vista de los elementos que hemos señalado, podemos clasificarlos en *juicios del ser* o *enunciativos* y *juicios del deber ser* o *imputativos* o *atributivos* o *normativos*. Los *juicios del ser* expresan algo **que es, ha sido** o **será** de cierta manera. Estos juicios anuncian algo, según lo enseña Abelardo Torré(4), lo cual puede presumirse así: Dado X, es Y: *La escarcha daña los cultivos de papas*. Los *juicios del deber ser* expresan **lo que debe ser, debió ser o deberá ser de cierta manera**. Las normas jurídicas, de obligatoria observancia, pertenecen a la categoría de los juicios del deber ser, ya que dado un antecedente indica una consecuencia como algo que *debe ser*: **Dado X debe ser Y, si es X debe ser Y**.

Por otro lado, los juicios que pretenden deberes se dividen en *categoricos* e *hipotéticos*. Los primeros son los que mandan absolutamente, ordenan sin condición alguna, sujetos siempre a la buena voluntad que quiera lo que quiere por puro respeto al deber, que es lo que da valor moral a las acciones. Pueden ser *positivos* o *negativos*, o sea **mandatos** o **prohibiciones**. En cuanto a los *hipotéticos*, son los que ordenan pero condicionalmente, su verdad se enuncia sujeta a una condición, prescriben una conducta como medio para el logro de determinado fin; por ejemplo: **S es P, si Q es R**. Existen dos clases de estos imperativos, según los señoriales postulados de Manuel Kant: los *principios de habilidad* o *reglas técnicas*, que señalan los procedimientos que es forzoso seguir para el logro de cualquier propósito posible. Son preceptos problemático-prácticos. Los *consejos de la sagacidad*, o sea la segunda de los juicios hipotéticos de Kant, son *asertóricos prácticos* en tanto "indican los caminos que conducen a la realización de un **desideratum** no solo posible sino real: la conquista de la felicidad".

En síntesis nos resta por recalcar que las normas jurídicas son siempre hipotéticas y que constituyen "una regla de conducta social en forma imperativa. Su fórmula se enumera así: **S debe ser P**"(5).

**2.1.2.- La norma jurídica como juicio categorico.-** En esta doctrina la norma jurídica se considera como *juicio categorico* ("**No debes robar**"), ostentando, por lo tanto, la presentación de "**Debe ser P**" o "**P debe ser**". La norma se presenta, así las cosas, como una regla de conducta *heterónoma bilateral, externa y coercible*, que implica un mandato incondicional, o sea, según el decir de Bobbio, "sin ningún otro fin diferente al cumplimiento de la acción en cuanto acción obligatoria". Guiándonos por las huellas profundas de Manuel Kant, los *imperativos categoricos* son propios de la legislación moral y se pueden por lo tanto, llamar normas éticas. Son inaceptables en los derroteros del Derecho.

**2.2.- Características de la norma jurídica.-** Muchas y perfectamente identificadas son las características que se han deducido de la norma jurídica. La más amplia es aquella que la estudia como *regla social* y sus condiciones de *general, emanación de la autoridad pública, obligatoria, bilateral y permanente*.

*Primera: es una regla social*, o sea, la norma jurídica es de conducta exterior. Ella solamente regula los actos de las personas que se relacionan con su vida social, no con sus actos aislados aposentados en el futuro interno.

*Segunda: es general* y también abstracta e impersonal, establecida para un número indeterminado de actos o hechos o para que rija a una cantidad imprecisa de destinatarios que se encuentran en una situación dada. La ley siempre mira, como lo afirmó Del Vecchio, aquello que corresponde al curso ordinario de las cosas. Esta característica, sin embargo, no es esencial porque hay normas concretas, singulares, como las sentencias judiciales y aún las leyes que se refieren a personas o a situaciones inconfundibles. Sin embargo, *"esta es la excepción porque las normas que definen el ordenamiento social en que el derecho consiste están revestidas, casi todas, de la generalidad"* (6).

*Tercera: emana de la autoridad pública.*- Es decir, surge el organismo al que la comunidad social ha investido del poder para dictarla.

*Cuarta: es obligatoria.*- Las personas están en el deber de cumplirla, pues para todo el mundo se establece. Infortunadamente, aunque la norma puede imponerse inclusive mediante la coacción, esta característica es asiduamente violada. Ya lo pregona el proverbio alemán como un principio de violación de orden social: ***No hay ley sin agujero para quien sabe encontrarlo***. O aquel otro que no deja de espeluznar a quien verdaderamente esté dispuesto a admirar y respetar la inviolabilidad de la norma jurídica: ***"Hecha la ley, hecha la trampa"***, o acaso aquella burla corrosiva de G. Keit Chesterson: ***"Esta es una definición de ley: algo que puede ser violado"***.

*Quinta: es bilateral.*- La norma jurídica pone siempre de presente la existencia de la alteridad, o sea los extremos que se enfrentan en toda relación, es bilateral *per se*: por un lado derecho subjetivo y por el otro una obligación correlativa: acreedor-deudor.

*Sexta: es permanente.*- Pues dura indefinidamente desde su promulgación y publicación o se haya vencido la vacancia leyes, hasta el momento en que sea abrogada, derogada, modificada por los órganos competentes, derogada por referendo, declarada inexecutable por la Corte Constitucional o nula por el Consejo de Estado.

**2.3.- Clasificación de las normas jurídicas.**- De la norma jurídica se han hecho múltiples clasificaciones. Nosotros, como muchos autores, acogemos la elaborada por el profesor García Máynez conforme con el siguiente cuadro sinóptico:

- a) Desde el punto de vista del sistema a que pertenecen. | 1. nacionales.  
2. extranjeras.  
3. de derecho uniforme.
- b) Desde el punto de vista de su fuente. | 1. legislativas.  
2. consuetudinarias.  
3. jurisprudenciales.
- c) Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez. | 1. generales (federales).  
2. locales. |||> | a. de los Estados.  
b. de los Municipios.
- d) Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez. | 1. de vigencia indeterminada.  
2. de vigencia determinada.
- e) Desde el punto de vista de su ámbito material de validez. | I. De derecho público. |||> | 1. constitucionales.  
2. administrativas.  
3. penales.  
4. procesales.  
5. internacionales.  
6. industriales.  
7. agrarias.  
II. De derecho privado. |||> | 1. civiles.  
2. mercantiles.
- f) Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez. | a) genéricas.  
b) individualizadas.
- g) Desde el punto de vista de su jerarquía. | 1. constitucionales.  
2. ordinarias. |||> | a) orgánicas.  
b) de comportamiento.  
c) mixtas.  
4. individualizadas. |||> | a) privadas  
b) públicas.
- h) Desde el punto de vista de sus sanciones. | a) *leges perfectae*.  
b) *leges plus quam perfectae*.  
c) *leges minus quam perfectae*.  
d) *leges imperfectae*.
- i) Desde el punto de vista de su cualidad. | a) *positivas o permisivas*.  
b) *prohibitivas o negativas*.
- j) Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación. | 1. Primarias. | a) de iniciación de la vigencia.  
b) de duración de la vigencia.  
c) de extinción de la vigencia.  
d) declarativas o explicativas.  
e) permisivas.  
f) interpretativas.  
g) sancionadoras.  
2. Secundarias.
- k) Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares. | a) taxativas.  
b) dispositivas.



Con apoyo en la exposición original, el anterior cuadro sinóptico encierra las siguientes explicaciones:

- a) **Desde el punto de vista del sistema a que pertenecen** las normas jurídicas se conocen como *nacionales*, *extranjeras* y de *derecho uniforme*. Las primeras se identifican como pertenecientes al ordenamiento jurídico de un determinado país; las segundas, a un país diferente y las de derecho uniforme las que mediante su tratado entre varios estados ofrecen la posibilidad de ser aplicadas eventualmente en cualquiera de ellos.
- b) **Desde el punto de vista de su fuente.**- En este rótulo hallamos las *leyes* o *normas de derecho escrito* creado por órganos especiales; las *normas de derecho consuetudinario* o *no escrito* derivado de las costumbres, y del derecho *jurisprudencial* brotado de la actividad de los tribunales al ejercer la función jurisdiccional.
- c) **Desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez.**- En la omnicisa conceptuosidad de Hans Kelsen, el ámbito de validez de las normas jurídicas se manifiesta en cuatro zonas diferentes: la *espacial*, la *temporal*, la *material* y la *personal*. En la primera de las nombradas, referente al espacio en que se puede aplicar una norma se encuentran preceptos de derecho *generales* y *locales*. Los preceptos generales son los que destinan su vigencia a todo el territorio de un Estado; los locales solamente a un fragmento de dicho territorio.
- d) **Desde el punto de vista de su ámbito temporal de validez.**- Las normas jurídicas pueden ser de duración *determinada* y de duración *indeterminada*. Las primeras son aquellas cuyo ámbito temporal de validez está señalado de antemano en el mismo precepto. Las indeterminadas son las que cuyo ámbito de vigencia no se determina en la misma ley, pues su vida se extiende hasta cuando es excluida del ordenamiento jurídico por alguno de los órganos señalados por la ley mediante el procedimiento letal.
- e) **Desde el punto de vista de su ámbito material de validez.**- El soporte de esta clasificación se encuentra en la división del derecho objetivo, partiendo de la gran división en *derecho público* y *derecho privado*.
- f) **Desde el punto de vista de su ámbito personal de validez.**- Desde este punto de vista las normas jurídicas son *genéricas* e *individualizadas*. Son *genéricas* las que obligan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por concepto-sujeto de la disposición normativa; son *individualizadas* las que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase, individualmente determinados. "A diferencia de las genéricas, las individualizadas únicamente obligan o facultan a uno o varios miembros, individualmente considerados, de la clase designada por el concepto-sujeto de la norma genérica que les sirve de base. Por ejemplo: la sentencia que condena a Juan Pérez a veinte años de cárcel por la comisión de un homicidio, es

una norma individualizada, ya que solamente es aplicable al acusado; pero el fundamento del fallo reside en una norma genérica, según la cual, quienes den muerte a un semejante en tales o cuales circunstancias, deberán sufrir tal o cual pena. Mientras la disposición genérica se refiere a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto jurídico 'homicida', la sentencia judicial sólo se aplica a un miembro individualmente determinado, de la misma clase. / Las normas individualizadas se dividen en privadas y públicas. Las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto éstos aplican ciertas normas genéricas; las segundas, de la actividad de las autoridades. Tienen carácter privado, los contratos y los testamentos; público, las resoluciones judiciales y administrativas (sentencias, concesiones, etcétera). Los tratados internacionales deben considerarse también como normas individualizadas de índole pública".

- g) Desde el punto de vista de su jerarquía.-** El orden jurídico –continúa García Máynez– “es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los subordinados, es acto de aplicación. Todas las normas (generales o individualizadas, abstractas o concretas), poseen dos caras, como la testa de Jano. Si se las examina *desde arriba*, aparecen ante nosotros como actos de aplicación; si *desde abajo*, como normas. / Pero ni todas las normas ni todos los actos ofrecen tal duplicidad de aspecto. El ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos determinantes y actos determinados, algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero denomínase norma fundamental; el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias. / La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Por su parte, los actos postreros de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico (un ser, por consiguiente). / El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados: 1. Normas constitucionales. 2. Normas ordinarias. Normas reglamentarias. Normas individualizadas. / Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiérense a situaciones jurídicas concretas. / Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre, por ejemplo, cuando una sentencia se funda en un contrato”(7).

- h) Desde el punto de vista de sus sanciones.-** Desde este punto de vista García Máynez acoge la división cuadrangular del jurista ruso N. Korkounov: *Leges perfectae*, *leges plus quam perfectae*, *leges minus quam perfectae* y *leges imperfectae*. Son leyes perfectas las que ocasionan la inexistencia o nulidad de todos aquellos actos que las vulneran, teniendo en cuenta que la nulidad puede ser absoluta o relativa. Las *leges plus quam perfectae* son las que, como en el homicidio, su violación se consume de modo irreparable, lo que ocasiona para el infractor un castigo, exigiendo también una reparación pecuniaria; las *minus quam perfectae* son aquellas cuya violación ocasionan un castigo al violador sin impedir que el acto violatorio produzca secuelas jurídicas, por ejemplo, los menores de 18 necesitan para casarse del permiso de las personas señaladas en el Artículo 117 del Código Civil. Al hacerlo, el matrimonio subsistirá, pero sujeto a las sanciones que establecen el Artículo 124 y siguientes del Código Civil Colombiano. Finalmente, las leyes imperfectas son aquellas que carecen de sanción “y se encuentran en el derecho internacional, principalmente por falta de una verdadera jurisdicción internacional para resolver de manera definitiva y obligatoria las discrepancias entre estados”.
- i) Desde el punto de vista de cualidad.-** Desde este punto de vista las normas son *positivas* o *permisivas* y *negativas* o *prohibitivas*. Son normas permisivas o positivas las que permiten cierta conducta, sea mediante una acción o una omisión y atribuyen al sujeto una facultad. Prohibitivas o negativas las que vedan determinado comportamiento, es decir, niegan dicha facultad de hacer o de omitir algo.
- j) Desde el punto de vista de sus relaciones de complementación.-** Las normas jurídicas que complementan a otras reciben la denominación de *secundarias*. Las complementadas reciben el nombre de *primarias*. Son de primera categoría: a) las de iniciación, duración y extinción de su vigencia; b) las declarativas o explicativas; c) las permisivas; d) las interpretativas y e) las sancionadoras: a) las normas de iniciación, duración y extinción son las que determinan el círculo vital de la norma, la vigencia de la misma; b) las declarativas o explicativas son las que definen los términos empleados en otros preceptos. Sobre todo cuando se puedan presentar casos de polisemia; las normas permisivas son las que establecen excepciones en relación con otras normas; las interpretativas se dirigen a la interpretación de un precepto legal, y las sancionadoras son las que en el supuesto jurídico es la inobservancia de los deberes impuestos.
- k) Desde el punto de vista de sus relaciones con la voluntad de los particulares.-** Encontramos aquí la importantísima clasificación de las normas en *taxativas* y *dispositivas*, estas últimas con su hendidura bífida de *normas interpretativas* y *normas supletivas*. Son *normas taxativas* las que obligan siempre a los particulares sin consideración a su voluntad; *dispositivas*, son aquellas que por voluntad especificada de las partes, pueden dejar de

aplicarse a una situación jurídica concreta. A estas normas *taxativas* que igualmente son llamadas **normae congenti** o **ius Mogens** son, al decir del maestro Del Vecchio, las *"que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta ni relativamente, en vista al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de este fin está claramente disciplinado por la norma misma... En cambio, las dispositivas (ius dispositivum) son aquellas que solo valen cuando no existe voluntad diversa de las partes, manifestada legalmente"*. Las *dispositivas* se bifurcan en *interpretativas* y *supletivas*, siendo las primeras las que interpretan la voluntad de las personas que han intervenido en un negocio jurídico; las *supletivas*, *"se aplican en ausencia de una regulación establecida por los contratantes"*, según el ilustre autor italiano citado anteriormente.

En síntesis, el **ius cogens** designa "al derecho impositivo o taxativo, el cual no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al derecho dispositivo o supletivo, el cual puede ser sustituido o excluido por la voluntad de los sujetos a los que se dirige. El derecho impositivo o **ius cogens** se debe observar necesariamente en cuanto sus normas tutelan intereses de carácter público o general".

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) NOGUERA LABORTE, Rodrigo. Ob. Cit., páginas 52/54.
- (2) TORRÉ, Alejandro. *"Introducción al derecho"*. 5ª. Edición. Buenos Aires, 1965.
- (3) MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. Cit., pág. 82.
- (4) NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Ob. Cit., pág. 52.
- (5) NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Ob. Cit., pág. 55.
- (6) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., pág. 85.
- (7) MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. Cit., pág. 90.



## CAPÍTULO V

# *El ordenamiento jurídico. Definiciones de Derecho*

**1.- Concepto.-** En la Teoría General del Derecho es de suma importancia el estudio del Ordenamiento Jurídico, como análisis o investigación de la autonomía del Derecho. Este sistema o pluralidad de normas, conjunto de imperativos jurídicos vigentes en una comunidad, es el fundamento y razón de la convivencia humana y organización social. Guillermo Cabanellas en su *Diccionario de Derecho Usual* nos dice que este ordenamiento es "*el conjunto de normas que integran el Derecho Positivo, la totalidad de los principios, leyes y demás fuentes del derecho e instituciones que establecen las libertades y garantías del individuo en sus relaciones privadas o públicas*". El *Diccionario Jurídico Espasa* nos dice que es "*el conjunto de normas jurídicas vigentes en una comunidad política determinada*".

Pero estas definiciones corresponden al ordenamiento jurídico estatal, lo que quiere decir que existen distintos ordenamientos, que son los de otros estados que también, excepcionalmente, son recibidos en diferentes países cuando en éste expresamente se les reconozca eficacia. Son éstos los que se conocen como Ordenamiento Jurídico Internacional. El tratadista Cañón Ramírez, coterráneo nuestro, nos explica que 'la duplicidad de ordenamientos ha pretendido encontrarse en estados en los que el ordenamiento jurídico ordinario reconoce y hasta se remite al ordenamiento canónico (al cual reconoce como diferente o autónomo y se obliga a respetarlo)'... Sin embargo no puede olvidarse que la ley eclesiástica obliga sólo a 'los bautizados en la Iglesia Católica y a quienes han sido recibidos en ella, siempre que tengan uso de razón suficiente, y si el derecho no dispone expresamente otra cosa, hayan cumplido siete años de edad'(1).

En los tipos de ordenamiento no estatales, es decir, los que son propios de un estado, encontramos precisamente el de la Iglesia Católica, denominados ordenamientos *supra-estatales*. Existen otros tres tipos de ordenamientos como los *infra-estatales*, propiamente sociales reconocidos por el estado pero limitándolos o absorbiéndolos; los *colaterales al Estado*, también como la Iglesia Católica u ordenamientos internacionales; y, finalmente los ordenamientos *anti-estatales* como las asociaciones delictivas, sectas secretas.

**2.- Características del ordenamiento jurídico.-** Dentro del ordenamiento de que tratamos los preceptos están blindados de ciertas características como la *alteridad*, la *estatalidad* y la *obligatoriedad del derecho*. La alteridad es la misma bilateralidad del derecho, la relación entre dos extremos que al influirse interdependientemente llegan a formar las relaciones jurídicas. En la *estatalidad* del derecho aprendemos que es el estado el que crea o reconoce las normas obligatorias y al mismo tiempo garantiza el cumplimiento de lo establecido en el ordenamiento jurídico. La *obligatoriedad del derecho* conlleva la obligación de someterse a lo implantado por la ley, estableciendo al mismo tiempo las sanciones para conservar la subordinación.

**3.- Definiciones de Derecho.-** Conforme con las opiniones y aclaraciones del profesor Bobbio, las cuales compartimos sin recatos, no es posible llegar a una definición satisfactoria del Derecho si no es desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que éste no es un simple conjunto de muchas normas sino 'un objeto autónomo de estudio, con problemas particulares y diversos. Un conjunto coordinado de normas que devastó la vieja consideración de considerar el árbol sin tener en cuenta el bosque, según la expresión del mismo tratadista de Turín. Una definición de derecho, así las cosas, encuentra su lugar apropiado solo en la teoría del ordenamiento jurídico y no en la teoría de la norma, indicando un tipo de sistema normativo, no un tipo de normas'(2).

La claridad de este asunto en realidad de verdad que la da es Hans Kelsen al distinguir dos partes en el estudio de la Teoría del Derecho como son las *Nomostática* y la *Nomodinámica*. Considera la primera los problemas relativos a la norma jurídica; la segunda se ocupa del ordenamiento jurídico, que es, como ya lo hemos manifestado, donde realmente podemos encontrar la definición de derecho. Acogiendo este concepto muchos son los autores que se han manifestado así:

- **Abelardo Torré:** "El derecho es el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social".
- **Arturo Valencia Zea:** "El derecho es el conjunto de normas que someten a regulación las relaciones que nacen entre las personas que viven en sociedad en la satisfacción de sus necesidades a fin de asegurar el orden social".
- **Gustavo Radbruch:** "El derecho puede definirse como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social".



- **Hans Kelsen:** "El derecho es un conjunto de normas coactivas".
- **Jorge Hubner Gallo:** "El derecho es un conjunto de normas y decisiones destinadas a regir la conducta humana en orden al bien común".
- **Surville:** "El derecho es el conjunto de reglas a las cuales, bajo la sanción del poder social, está sometido el uso que el hombre hace de su libertad en sus relaciones con sus semejantes".

### 3.1.- Apéndice.-

Sin desconocer la exagerada ubicuidad de la frase de **Carlos Santiago Nino** en el sentido de que "el derecho, como el arte, está en todas partes", igualmente tenemos que manifestar, como lo hiciera el profesor **Manuel Atienza**, que la definición de derecho parece haber adquirido caracteres desesperantes, hasta el punto que ya **Flaubert** en su DICCIONARIO DE LOS LUGARES COMUNES, manifestó que "El derecho... ¡no se sabe qué es!".

**4.- Principios.-** Del ordenamiento jurídico se han señalado los siguientes principios: 1. Principio de jerarquía normativa; 2. Principio de temporalidad o de sucesión de normas. La ley posterior deroga la ley anterior; 3. Principio de especialidad. La norma especial prevalece sobre la general; 4. Principio de competencia; 5. Principio de aplicación analógica; 6. Principio de supremacía de la Constitución; 7. Principio de sujeción al sistema de fuentes; 8. Principio de publicidad normativa; 9. Principio de estatalidad de las normas; 10. Principio de generalidad y permanencia; 11. Principio de imperactividad.

**5.- Jerarquía del ordenamiento jurídico.-** La jerarquía de las normas está determinada por la autoridad que las genera. En un Estado esta autoridad no es otra que el *Constituyente*, pues éste es el único que expide, reforma o adiciona la **Constitución**, llamada también *Norma de normas*, *Ley de Leyes*, *Carta Fundamental* o *Política*.

En escala descendente están bien ubicadas las leyes expedidas por el Poder Legislativo, junto con los decretos con fuerza de ley dictados por el Poder Ejecutivo; en el plano inmediatamente inferior se aposentán los actos administrativos (decretos) del gobierno nacional; luego, en el siguiente peldaño inferior, esos mismos actos expedidos por los ministros, jefes de los departamentos administrativos, &. En el último escalón también están actos de la misma naturaleza pero expedidos por las autoridades locales: asambleas departamentales, gobernadores, concejos distritales y municipales, alcaldes, &.

Ante la situación planteada es fácil y lógico concluir que los ordenamientos jurídicos son verdaderamente *complejos* y que sus normas, 'miriada, que, como las estrellas en el firmamento, son imposibles de contar' como nos los dice el profesor Bobbio, no se encuentran en el mismo plano ya que, como hemos visto, hay normas superiores y otras inferiores.

**6.- Unidad del ordenamiento jurídico.**- La unidad del ordenamiento jurídico se desprende del selecto abrevadero de sus normas como es la Constitución, conforme quedó dilucidado con la parábola piramidal de que ya hemos discurrido.

Pero la controversia de huidizas lontananzas jurídicas que encontramos en el origen del Poder Constituyente nos obliga a orientarnos hacia la filosofía, que también es la ambrosía del derecho, en donde hallamos tres manaderos que son el *teológico*, el *iusnaturalista* y el de la teoría del *contrato social*. En el primero aparece Dios dándole gratuita y noblemente al pueblo el poder de crear la Constitución; en el segundo la norma fundamental que explica el poder constituyente radicado en el pueblo es la propia naturaleza humana; el tercero, la teoría del *contrato social*, sostiene que los hombres reunidos como pueblo son los detentadores del poder, de modo que es en la *voluntad general*, en opinión de Rousseau, donde está el poder constituyente.

La fuente conservada por la *teoría iusnaturalista* parece ser la más aceptable.

**7.- Armonía del ordenamiento jurídico.**- La existencia de una norma fundamental, faro gigantesco en las inmensidades del ordenamiento jurídico, es lo que determina su unidad. Pero no solo ello. El ordenamiento jurídico es una unidad calificada, o más claramente, una *unidad sistemática*, lo que quiere decir que conlleva un *sistema* que es "*una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden*"(3). Pero es Hans Kelsen quien bifurca los ordenamientos normativos en dos tipos de sistemas que son el *estático* y el *dinámico*.

El *sistema estático* nutre su validez en el contenido de las normas; el *sistema dinámico* en la autoridad que las explicó. Formalmente, para un ordenamiento jurídico el sistema albergador es precisamente el dinámico.

**8.- Las antinomias.**- A pesar de la *jerarquía*, la *unidad* y la *armonía* o *coherencia* que existen en el **ordenamiento jurídico**, en éste se presentan opugnaciones entre normas superiores o inferiores y entre las que ocupan un mismo nivel, las cuales denominamos *antinomias*. Esta situación, es una dificultad tradicional, a la cual se han enfrentado los juristas de todos los tiempos.

'Como el derecho no admite antinomias', para eliminarlas, el ordenamiento también tiene en su arsenal reglas que las obliteran. Siguiendo las profundas huellas del ilustre maestro italiano nombrado en párrafos anteriores, debemos indicar que existen antinomias que son *solubles* o *aparentes* y otras que son *insolubles* o *reales*.

Las antinomias reales son aquellas en que 'el intérprete queda abandonado a sí mismo', bien sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados. En las aparentes encontramos una situación diferente, pues para resolver las antinomias se establecen tres criterios fundamentales: *cronológico*, *jerárquico* y de la *especialidad*.

El criterio cronológico, conocido también como el de la **lex posteriori**, encuentra su armadura defensiva en el aforismo de la *lex posterior derogat priori*, o sea que entre dos normas incompatibles prevalece la posterior. La legislación de nuestro país conserva esta regla en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887. En el criterio jerárquico o de **lex superior**, también establecido, determina que en la incompatibilidad entre dos normas prevalece la de mayor jerarquía: *lex superior derogat inferiori*. 'La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo'. De todos modos, en nuestra legislación esta solución la hallamos establecida en la propia Constitución Política (Artículo 4°) y en los Artículos 5° de la Ley 57 de 1887 y 9° de la Ley 153 de 1887. El tercer criterio, llamado de la **lex specialis**, nos advierte categóricamente que entre dos normas incompatibles, la una general y la otra especial –o excepcional– prevalece la segunda de las nombradas: *lex specialis derogat generali*.

Nuevamente el profesor Bobbio ilustra la aplicación de estos criterios diciendo que "cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino solo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia parcialmente. Cuando se aplica el criterio cronológico o el jerárquico, por lo general se elimina solamente una de las dos normas. Luego, a diferencia de la relación cronológica y de la jerárquica que nos suscitan necesariamente situaciones antinómicas, la relación de especialidad es necesariamente antinómica, lo que significa que los dos primeros criterios se aplican cuando surge una antinomia y el tercero se aplica porque se presenta una antinomia".

**8.1.- Plenitud del ordenamiento jurídico.-** Cuando en un *ordenamiento jurídico* cada caso está regulado por una norma, se dice que existe la *plenitud* de tal ordenamiento. Al no existir la norma, se produce lo que ha llevado llamándose '*laguna*', que realmente es un '**vacío**', teniendo en cuenta que la laguna siempre tiene un contenido que le es propio. Por lo menos hay agua con su población ictiológica o sus elementos contaminados. Más se acerca el vacío a la no existencia, o *inexistencia*, que a la contradicción que es propia de la antinomia. En esta encontramos un extremo positivo y otro negativo, pero ambos con vida; en el vacío no encontramos nada, lo cual significa ausencia total de una norma contradictoria. Siempre diremos, pues, '**vacíos del ordenamiento**' para reemplazar las lagunas.

Otra vez el ilustre profesor Bobbio acude a ayudarnos para decirnos que "la plenitud es una condición sin la cual el sistema no podría funcionar en su complejidad..." (pues)... 'es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los cuales valgan estas dos reglas: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se presenten a examen: 2) y está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema...' ... 'Se comprende que si una de las reglas desaparece, la plenitud deja de ser considerada como un requisito del ordenamiento'. En Colombia, la Ley 153 de 1887 preceptúa en su Artículo 48 que

'los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad por denegación de justicia'. De estos casos es de donde surge, inconsútil, la equidad.

**9.- Métodos de complementación.-** Metafóricamente hablando podemos decir que estos métodos son los que echan su semilla creadora en los áridos vacíos del ordenamiento jurídico. A los dos métodos existentes Francesco Carnelutti los llamó individualmente *heterointegración* y *autointegración*. El primero de ellos utiliza dos vías, 'una recurriendo a ordenamientos diversos y otra recurriendo a fuentes distintas de las dominantes' (la ley, por ejemplo). El juez debe recurrir al derecho natural cuando hay vacíos en el derecho positivo, por considerar al primero como un derecho perfecto. Pero no se excluye que un determinado ordenamiento, con el fin de lograr su integración, recurra a otros ordenamientos positivos precedentes en el tiempo o aún a ordenamientos contemporáneos. La costumbre *praeter legem* como fuente subsidiaria a la dominante que es la ley, puede llegar a un destacado papel en la *heterointegración*. El método más importante de éste, en caso de vacíos, de la ley es el recurso al poder creativo del juez, esto es, al denominado *derecho judicial*.

La *autointegración*, que es el segundo método, 'consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes de la dominante'. Aquí cabe el estudio de la *analogía*, de la cual trataremos en el capítulo de la **Técnica jurídica** y de los *principios generales del derecho*, los cuales estudiamos en las **Fuentes del derecho**.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) RUIZ MORENO, Martín. Ob. Cit., pág. 366.
- (2) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., pág. 120.
- (3) RUIZ MORENO, Martín. Ob. Cit., páginas 367-369.



## CAPÍTULO VI

# *Ramas y relaciones del derecho positivo*

**1.- Clasificación.-** En esto de las ramas del Derecho sucede algo semejante a lo contenido en una de los pasajes de la mitología griega referente a las cincuenta cabezas y cien brazos del gigante Briareo: el Derecho es uno solo pero sus ramas son múltiples. Su clasificación nos lo confirma.

**2.- Derecho objetivo y subjetivo.-** Un aspecto bifronte nos presenta el fenómeno jurídico: el Derecho objetivo (*jus est norma agendi*) y el Derecho subjetivo (*jus est facultas agendi*) o sea, respectivamente, la regla de conducta humana o *norma de comportamiento*, y el 'poder de desenvolver la actividad humana en los límites señalados por la regla' o *facultad de comportamiento*. Estos Derechos son 'aspectos de un concepto único, más que figuras o formulaciones diversas'.

**3.- Derecho sustantivo y Derecho adjetivo.-** En esta clasificación encontramos:

- a) Que el Derecho *sustantivo, material* o de *fondo*, es aquel en el cual se hallan los derechos Civil, Administrativo, Laboral, Penal, Comercial, &. Llamado también *Derecho determinador o sustancial*, sus normas orientan la conducta e indican las facultades y deberes de cada quien.
- b) Que el Derecho *adjetivo, instrumental*, derecho para el derecho, formal, es el indicador de la manera como deben defenderse o reclamarse los derechos sustantivos, motivo por el cual cada uno de éstos posee su tipo especial de procedimiento: procedimiento administrativo, procedimiento civil, penal. El derecho procesal es, en fin, un derecho complementario que sirve como milicia de avanzada del derecho sustantivo.

**4.- Derecho público y derecho privado.-** Desde la brillante época del derecho romano se viene hablando seriamente de esta dicotomía que nos da las nociones de los derechos público y privado, señalando así la oposición que surge entre ambos, o sea entre el Estado y los particulares. El *jus publicum* regula las relaciones políticas, los fines que el Estado debe alcanzar: *ad statum rei romanae spectat*. El *jus privatum* regula las relaciones de los ciudadanos entre sí, fija condiciones y límites en el interés de los particulares: *ad singulorum utilitatem pertinet*(1). Sin embargo, la realidad es que en el Estado se encuentra un especial interés por la situación de los particulares, que de algún modo redundan en beneficio de la comunidad y, por el contrario, lo que atañe a la *publica utilitas* afecta a cada hombre en particular. El mismo 'Ulpiano afirmó que *ius publicum* y *ius privatum*, no son contrastes esenciales, sino puntos de vista, posiciones'(2).

De todos modos, se ha acogido como división del Derecho Público en *Derecho Internacional*, el cual se subdivide en *público* y *privado*, y en *Derecho Público Nacional*. El público internacional '*es la rama de la ciencia jurídica que estudia las relaciones entre los Estados, sus deberes y derechos*', según aceptación unánime de autores nacionales y extranjeros. El segundo, '*es la ciencia que tiene por objeto resolver los conflictos que surgen entre los Estados en razón de la oposición de sus leyes y de los intereses privados de sus súbditos respectivos*' (José J. Caicedo C-Conferencias de Derecho Internacional Privado).

El Derecho Público Nacional es un agregado de ramas que regulan la organización y actividad del Poder Público. Corresponden a él los *derechos constitucional, administrativo, penal, minero, procesal y laboral*:

- a) El *Derecho constitucional* es el que organiza al Estado, señalando tanto las facultades y relaciones de las ramas del Poder Público como los principios medulares de la convivencia social;
- b) El *Derecho administrativo* es el que organiza el funcionamiento de la Administración Pública en todos sus niveles e indica la manera como deben desarrollarse las relaciones entre dicha administración y los administrados;
- c) El *Derecho penal* es el que señala el contenido de las conductas punibles y establece las sanciones a que deben someterse quienes las infrinjan;
- d) El *Derecho minero* es el que regula la conservación, concesión y explotación de la riqueza minera de propiedad del Estado;
- e) El *Derecho procesal*, fuerza motriz de la administración de justicia, es el que indica la manera de reclamar o defender los derechos otorgados por el derecho material;
- f) El *Derecho laboral* es el que regula las relaciones que surgen entre empleador y trabajadores 'dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social'.



**5.- Derecho privado.-** Destinado a las relaciones jurídicas entre particulares, el Derecho privado contiene los *Derechos civil, comercial, agrario y de familia*:

a) El *Derecho civil* ofrece los sujetos de derecho, el objeto de los derechos, las obligaciones y los contratos y las sucesiones;

a-1) El sujeto de los derechos y de los deberes jurídicos se designa con el nombre de persona. En el concepto de persona encontramos dos puntos de vista: el *biológico y metafísico* y el *jurídico*. En el primero de estos miradores *persona* significa *hombre*; en el segundo, o sea en el jurídico, quiere decir '*todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones*'. La capacidad jurídica fusionada a la persona produce la *personalidad*. Esta denuncia sus *atributos*, que son todas aquellas calidades intrínsecas y permanentes, inseparables del sujeto de derechos. Estos atributos, comunes a todas las personas, son *la capacidad jurídica, el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio y el estado civil*, propio este último exclusivamente de la persona natural, tienen las características especiales las de ser *necesarios y únicos*.

Es conveniente establecer que el sujeto de derechos tiene una doble capacidad jurídica: la *capacidad de goce o de derecho* y la *capacidad de hecho, legal, negocial, de obrar o de ejercicio*. La capacidad de goce es presumida por la ley en toda persona y conlleva la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Por excepción es limitada por la ley cuando se contrapone al orden público.

b) *Derecho comercial.-* Igualmente denominado *derecho mercantil*, regula los actos de comercio, las actividades comerciales, principalmente en lo que concierne a sus obligaciones y contratos mercantiles, la creación y requisitos de las sociedades de comercio, o empresas, los instrumentos negociables o títulos valores, la actividad bancaria y, en general, todo aquello relacionado con el comercio.

*Comerciante* es, pues, aquella persona que se dedica a la actividad comercial, teniendo además la capacidad y habilidad legales para hacerlo profesionalmente, ya sea en forma personal o a través de postulación. También el Artículo 25 del Decreto 410 de 1975 (Código de Comercio) da la siguiente definición de empresa: "*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*".

c) *Derecho agrario.-* Esta rama del derecho es la que regula la propiedad rural, principalmente en lo relacionado con su tenencia y explotación.

d) *Derecho de familia.-* Se discute la ubicación de este derecho, en el sentido de que algunos lo enlistan en el derecho público y otros en los predios del derecho privado. Esto, quizá, por la importancia que esta rama ha adquirido en los últimos tiempos. De todos modos, no siendo un tema específico del

presente estudio, nos limitamos a consignar el conciso concepto de Heinrich Lehmann, citado por nuestro profesor Monroy Cabra, quien manifestó que en sentido estricto del derecho de familia regula todas aquellas relaciones que resultan del matrimonio y del parentesco.

**6.- Relaciones del derecho con otras ciencias.-** Siendo el derecho una de las ramas de las Ciencias sociales, es obvia su íntima relación con otras de ellas.

En primer lugar aparecen sus relaciones con la moral, de las cuales nos ocupamos más adelante para poder continuar con las relaciones del derecho con la Sociología, ciencia que tiene por objeto el estudio del hombre en sus relaciones con los demás hombres, tratados éstos, lógicamente, como especie, y cuya definición, nos la da Augusto Comte en los siguientes términos: '*Ciencia positiva de las leyes fundamentales de los fenómenos sociales*'. O también Ferdinand Tonnies como '*la ciencia de la convivencia humana*'.

La *realidad social* es el campo donde actúan estas dos ciencias, con la diferencia de que el derecho utiliza los diferentes elementos de aquella para darle forma al orden social, en tanto que la Sociología enfoca su esfuerzo al estudio y análisis de los hábitos, lenguaje, modas, usos, religión, &, para clasificarlos e indicar las leyes que los nutren y orientan.

En cuanto se refiere a sus relaciones con la Economía, han surgido corrientes que dan primacía a ésta sobre el derecho. Las pirotécnicas y embriagantes tesis marxistas, por ejemplo, tienen al derecho como *una* superestructura levantada sobre cimientos económicos. "Sea que exista una real subordinación del derecho a los factores de índole pecuniaria o tal dependencia no pase de ser una simple apariencia o una exageración, lo cierto es que las reglas jurídicas que se dicten haciendo caso omiso de la palpable realidad de los fenómenos económicos, que contraríen la esencia misma de esos fenómenos, están de antemano condenados al fracaso. Pero es inobjetable también que las actividades económicas requieren de un campo jurídico apropiado para que se desenvuelvan racional y sistemáticamente y puedan cumplir así su finalidad social debidamente"(3).

Entre el Derecho y la Psicología también se encuentran algunos grados de parentesco que se pronuncian en ramas como la penal cuando, por ejemplo, encontramos las figuras de legítima defensa, estados de necesidad, &.

La historia también tiene sus importantes puntos de acercamiento con el derecho, como que '*muchos fenómenos jurídicos del presente no pueden entenderse e interpretarse debidamente si se desconoce su génesis y evolución en las distintas etapas del pretérito*'(4).

Muchas otras ramas del saber humano también necesitan de la ayuda e influencia del Derecho, hasta el punto de que ya en algunas otras profesiones es indispensable incluir materias jurídicas.

**7.- Función social del Derecho.-** Siguiendo en parte la exposición del profesor Monroy Cabra en su texto sobre '*Introducción al derecho*', quien cita a Ramón Soriano (*Sociología del derecho*) diremos que las funciones sociales del derecho son: *función de organización de la sociedad, función de control social, función de resolución de conflictos y función de hacer justicia.*

*"La función de organización se encuentra en la Constitución y las leyes y se refiere a las actividades públicas como privadas, y le da prelación a los intereses sociales sobre los individuales.*

*La función de control social tiene como característica la coacción.*

*La función de resolución de conflictos tiende a la búsqueda de la seguridad jurídica y la justicia.*

*La función distributiva o de justicia implica que el derecho tiene la función de reparto de ventajas y cargas entre los ciudadanos y grupos de la sociedad.*

Hay que tener en cuenta que estas funciones se entrelazan entre sí..."(5).

**8.- Las diferencias entre el Derecho natural y el positivo, son fundamentalmente las siguientes.-** "1. El principio creador del derecho natural es el autor de la naturaleza, y la causa eficiente del derecho positivo es la voluntad del gobernante. 2. La fuente o regla del derecho natural es la ley eterna; la fuente, en cambio del derecho positivo, son las costumbres y tradiciones de los hombres. 3. El derecho natural es universal en el tiempo y en el espacio, lo que no se da en el derecho positivo. / Sin embargo, no debe verse en esta división del derecho un dualismo. El derecho natural no es un rival para el positivo, ya que forma una unidad armónica y un todo ligado con él, porque en el primero sólo están dados los principios jurídicos universales y sus consecuencias necesarias y existe necesidad de un orden jurídico positivo que prevea todas las circunstancias concretas que surgen con carácter contingente y circunstancial"(6).



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) BADENES GASSET, Ramón. Ob. Cit., páginas 14 y 15.
- (2) BADENES GASSET, Ramón. Ob. Cit., pág. 15.
- (3) GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. *"Introducción al derecho"*. Ediciones Librería del profesional. Páginas 28 y 29, respectivamente.
- (4) MONROY CABRA. Ob. Cit., pág. 246.
- (5) ———. Ob. Cit., pág. 203.
- (6) ———. Ob. Cit., pág. 246.



## CAPÍTULO VII

# *Conceptos jurídicos cardinales*

**1.- El supuesto jurídico y la consecuencia.-** El supuesto que ahora nos ocupa es la hipótesis jurídica que al realizarse da ocasión a las consecuencias establecidas por la norma de derecho, o sea un hecho que produce un efecto jurídico, tal por ejemplo el pago que extingue la obligación, teniendo por hecho '*cualquier transformación de la realidad*' en concepto de Enzo Enríquez según cita de Eduardo García.

El enlace permanente que siempre debe existir entre los supuestos y las consecuencias normativas es comparado con la ley que conecta las causas y los efectos, pues "al presentarse la causa, el efecto prodúcese fatalmente, si las condiciones que la ley enuncia no varían... El efecto sigue a la causa de manera ineluctable; la consecuencia jurídica debe en todo caso enlazarse a la realización del supuesto, aunque de hecho, puede ocurrir que aquélla no se produzca"(1).

En los supuestos jurídicos encontramos los *simples*, formados por una sola hipótesis como la defunción u hora suprema de una persona y los complejos, integrados por dos o más supuestos *simples* como sería un homicidio calificado que 'encierra las siguientes hipótesis: a) *el homicidio*; b) *la premeditación*; c) *la alevosía*; d) *la ventaja*'.

La fusión de los supuestos jurídicos es otro tema que debe conocerse, la cual se presenta como unilateral y recíproca. La primera se manifiesta si solo la consecuencia de uno de los supuestos se realiza: por ejemplo, en el delito 'de

robo (supuesto fundante), en relación con la hipótesis de horadación y fractura (supuestos fundados). La fusión recíproca se produce cuando ninguno de los supuestos provoca aisladamente consecuencias de derecho, es decir, ambos supuestos deben realizarse para que surjan los efectos jurídicos.

**2.- La sanción.-** Parte integrante de la norma jurídica, la sanción o consecuencia jurídica es la secuela necesaria que produce la inobservancia de un deber jurídico por parte de quien está obligado a cumplir el mandato impuesto por el legislador. Igualmente es 'el bien consecuente con la obediencia; la punición para la culpa y la recompensa para el mérito'(2). En su texto de Derecho penal, Eugenio Cuello Calón, también enseña que las características de las penas son las siguientes: a) sufrimiento; b) imposición por el Estado para la conservación del orden jurídico; c) cumplimiento de sentencia judicial; d) personal, aplicable solo al autor del delito; e) preconfiguración del delito y predeterminación de la pena por la ley.

Al lado de las formas simples de sanciones como el cumplimiento forzoso y la indemnización, complementadas por el castigo, se encuentran las sanciones complejas o mixtas que son como un añadido a las primeras o una combinación o suma de las primeras. García Máynez nos señala las siguientes combinaciones: 1. *Cumplimiento + indemnización*; 2. *Cumplimiento + castigo*; 3. *Indemnización + castigo*; y 4. *Cumplimiento + indemnización + castigo*.

En el derecho penal las sanciones están radicadas como penas, que para Cuello Calón son 'el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal'.

**3.- Las relaciones jurídicas.-** Una síntesis bastante sencilla y acogedora es la de considerar que las relaciones jurídicas son las relaciones sociales reguladas por el derecho. También se ha dicho, en el mismo sentido, que son 'las relaciones de la vida social reconocidas por el derecho objetivo', integradas por tres elementos sobresalientes que son: 1. El *subjetivo*, 2. El *objetivo* y 3. El *causal*. El primero de los nombrados, el elemento subjetivo, se refiere a los sujetos de la relación, o sea, al activo o *de exigencia o atribución*, por ser titular del derecho 'o sujeto por antonomasia', y el *pasivo, obligado o deudor*. Cada uno de ellos puede formarse por una sola persona o por varias. El elemento objetivo es la materia de la relación jurídica 'sobre el cual convergen el poder del sujeto activo y la obligación del sujeto pasivo, está constituido por los actos humanos (prestaciones, servicios) y por las cosas, incluso las inmateriales'. El tercer elemento, es decir la actividad o prestación que constituye el contenido de la relación jurídica tiene su causa inmediata en los *hechos jurídicos que crea entre los sujetos, el vínculo de poder y correlativamente el de deber*(3).

**3.1.- Clasificación de las relaciones jurídicas.-** Es criterio aceptado por muchos expositores que para hacer una seria clasificación de las relaciones jurídicas es menester que nos instalemos en el momento mismo de su constitución. Y es así como se nos presentan en primer término las *relaciones jurídicas* de contenido real y las de *contenido personal*.



Las relaciones jurídicas del primer contenido tienen como abrevadero los derechos reales, o sean aquellos que siempre son establecidos por la ley y recaen sobre una cosa sin consideración a determinada persona, como el dominio o la propiedad. Las relaciones de contenido personal son las que se fundamentan en los derechos personales, que únicamente se pueden hacer efectivos a través de la prestación ajena. En estos derechos personales resalta solo el aspecto pasivo de la relación, pues se trata exclusivamente de *obligaciones*.

El profesor chileno Carlos Ducci Claro expone con brillo que *"el derecho real es el interés a una utilidad (derechos reales de goce) o el interés a un valor (derechos reales de disposición). El derecho personal es el interés a una prestación ajena. Es por esto que, en la relación de derecho real, el interés del titular se realiza por la actividad propia del mismo directamente y sin intermediarios. / En la relación de derecho personal el interés del titular se realiza a través de un comportamiento ajeno"*(4).

**3.2.- Orígenes de la relación jurídica.-** No quiere decir lo anteriormente expresado que la precedente sea una clasificación definitiva y completa, pero sí bastante significativa desde el punto de vista práctico, ya que de esta clasificación adoptada surge una distinción en cuanto a su origen. Las relaciones jurídicas reales, por ejemplo, se configuran mediante la existencia de un modo de adquirir el dominio, sea la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Igualmente, las relaciones jurídicas de contenido personal nacen de una de las fuentes de las obligaciones, tales como el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito o culpa, la ley y el enriquecimiento sin causa.

**4.- Teoría del derecho subjetivo y derecho objetivo.-** Dentro del milenario recorrido del Derecho, el concepto de derecho subjetivo aparece luciendo una vigorosa juventud. Conforme con las investigaciones de Michel Villey esta noción jurídica tan solo data del siglo XVII. Pero desde su aparición hasta tiempos actuales son abundantes las opiniones doctrinarias que llegan a nuestro conocimiento. El holandés Hugo de Groot, el conocido Grocio que, pregonando el *animus societatis* como entraña de la naturaleza humana, fue el primero en proponer que el derecho era *"la cualidad moral correspondiente a la persona, para poseer u obrar algo"*.

Lo interesante en las reflexiones sobre el derecho subjetivo es que con el derecho objetivo forman como el anverso y el reverso de una moneda. Ellos presentan algo esencialmente unitario pues, mientras en el derecho objetivo encontramos la norma jurídica, en el subjetivo hallamos la facultad para actuar conforme con ella, indiscutiblemente, el valor de una facultad lo determina algo que lo sancione dándole legitimidad, que es la norma jurídica.

En síntesis, *"el derecho objetivo es el ordenamiento jurídico, esto es, el conjunto de normas vigentes; el derecho subjetivo puede considerarse en sentido amplio como relación jurídica, y en sentido restringido como facultad"*(5).

Sin embargo, entre las diferentes corrientes doctrinarias han surgido algunas que niegan la existencia del derecho subjetivo. León Duguit, famoso y

conspicuo autor francés, reemplaza el concepto de este derecho por la noción de la situación subjetiva del derecho; y el austriaco Hans Kelsen, con enseñanzas que tienen la virtud atractiva de la piedra imán, dentro de una teoría estatista, sostiene "que lo que llamamos derecho subjetivo no es el resultado de la aplicación a los individuos del derecho objetivo". / En cambio, entre los tratadistas que aceptan la existencia del derecho objetivo existen teorías como la de Joseph Barthelemy, quien afirma que "derecho subjetivo es aquel cuya realización puede obtenerse por algún medio jurídico, es decir, el que confiere una acción. / Para otros, como Ihering Baudri-Lacantinerie, Planiol y Capitant, el derecho es un interés jurídicamente protegido. Según la definición de Capitant el derecho subjetivo es un interés de orden material o moral protegido por el derecho objetivo, que da a aquel que lo posee, el de hacer los actos necesarios para la satisfacción de ese interés"(6).

**4.1.- Fuentes de los derechos subjetivos.-** A pesar de todo lo que se ha legislado y dicho sobre las fuentes del derecho, la realidad que pulula en el fondo de la cuestión es que la única fuente que existe, relacionada con los derechos, es la LEY. Sin embargo, ésta misma señala como *fuentes* de los derechos subjetivos los hechos de donde surgen. Y es así como los derechos reales derivan de las fuentes aposentadas en los modos de adquirir; los derechos personales en las fuentes mismas de las obligaciones. Ya hemos dicho que los modos de adquirir son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción y que, en cuanto a los derechos personales, las fuentes son los antecedentes de donde emana una obligación y, simultáneamente, el derecho correlativo de dicha obligación. Son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

**4.2.- Nacimiento de los derechos subjetivos.-** Estos derechos nacen relacionados con la clasificación que ya estudiamos de originarios y derivados y, así, son originarios cuando nacen directamente de un acto del titular; son originarios algunos de los modos de adquirir el dominio, es decir, en ellos se confunden el título y el modo de adquirir, como son la ocupación, la accesión y la prescripción. Son derivados cuando existían antes en poder de cierto titular, pero por un acontecimiento determinante pasan a otro nuevo.

**4.3.- Clasificación de los derechos subjetivos.-** La primera clasificación que se nos presenta en este estudio, y de la cual hemos hecho algunas referencias, es la de *derecho objetivo* y *derecho subjetivo*. Por el primero de los nombrados se entiende la norma jurídica o sea, como afirma Ducci Claro, "la regulación que la sociedad hace sancionando determinada conducta o valorizando una relación jurídica... Desde el punto de vista objetivo, el hecho de que la norma regule algo, no es derecho por sí solo si la realidad no es efectivamente afectada por tal determinación. Si no lo es, el derecho, como forma real, no aparece por parte alguna... Desde el punto de vista subjetivo, las relaciones sociales, incluso determinadas facultades y deberes, no tienen por qué ser necesariamente jurídicas... Históricamente 'objetivo' es lo antepuesto al sujeto, una creación de nuestro espíritu, una producción artificial; en este sentido, las leyes son objetivas.

‘Subjetivo’ es lo que pertenece al sujeto, que es inherente a él; en este sentido, derecho subjetivo es una franquicia, una facultad, un atributo del sujeto, que se le otorga desde el exterior”(7).

El derecho subjetivo acepta una abundante clasificación, a saber: a) Según la eficacia y naturaleza del derecho objetivo y b) Según el objeto y contenido intrínseco.

- a) Los que atienden a su eficacia y naturaleza son absolutos y relativos; originarios y derivados; puros y simples y sujetos a modalidades. Los derechos absolutos, llamados también en algunas legislaciones *derechos de señorío o de exclusión*, actúan *erga omnes*, pues el sujeto pasivo es la sociedad entera, defienden contra el mundo el poder que una persona tiene sobre los derechos de la personalidad, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales y el derecho hereditario. Los derechos relativos, en cambio, son los que garantizan el poder para exigir una acción o una abstención. Pertenecen a esta categoría los derechos de crédito solo contra personas individualmente determinadas, por ser los derechos pasivos del derecho.
- b) Los derechos originarios son los que proceden de su titular, nacidos por un hecho de éste, pues no existían con anterioridad, como contraer matrimonio, otorgar testamento, celebrar contratos, &; derechos derivados, son los que antes pertenecían a otro, pero que se ha verificado un acontecimiento que ha provocado el cambio de titular de derecho.
- c) Los derechos puros y simples son los que pueden ejercerse sin que sea necesario el cumplimiento previo de algún requisito. Derecho sujeto a modalidad es aquel que únicamente puede ejercerse con el cumplimiento previo de un determinado requisito. Este requisito determinante del ejercicio de un derecho es precisamente la modalidad.
- d) Los derechos públicos y privados.- Esta denominación de los derechos subjetivos depende de la norma adjetiva en la cual se apoyan. Si ésta es de derecho público, el derecho derivado lo es también. Semejante afirmación debe predicarse si la norma basilar es de derecho privado pues, en este caso, el derecho engendrado será también de derecho privado.
- e) Los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.- Esta prácticamente es una subdivisión, ya que se deriva de los derechos privados. Los primeros son los que pueden evaluarse en dinero, son embargables, ser objeto de cesión de bienes, transferibles por regla general pues en ocasiones pueden no serlo cuando el derecho se extingue con la muerte del titular como sucede con el usufructo. Finalmente también son apreciables en dinero. Estos derechos patrimoniales pueden ser *reales o personales*. Los reales son los que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona; los personales (o de crédito u obligaciones) son los que solo se pueden reclamar respecto de ciertas personas que, por un hecho suyo o por disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas. El titular tiene el poder para exigir ciertas conductas

a determinada persona para que le procure cosas o servicios, por ejemplo, el acreedor frente a su deudor por el dinero prestado o el hijo frente al padre por los alimentos causados y debidos. Los derechos extrapatrimoniales, de ejercicio puramente personal, son transferibles y no pueden enajenarse, ni embargarse, ni ser objeto de cuantificación, de valuación real, de transmisión o comercio jurídico. Ejemplos claros de estos derechos son los *personalísimos* que "tienen su origen en la fecundación misma, pues el ordenamiento jurídico no solamente protege la vida de quien está por nacer sino que también le reserva derechos patrimoniales... también denominados individuales, de la personalidad, fundamentales o derechos humanos, constituyen las prerrogativas o facultades que permiten a cada ser humano el desenvolvimiento y desarrollo de sus naturales aptitudes físicas y espirituales... De esta clase de derechos se ocupa el derecho público(8). Son derechos subjetivos por naturaleza y comprenden la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad, la imagen, el secreto, el nombre, &. Sus caracteres forman el siguiente decálogo: 1°.- Son derechos absolutos; 2°.- Autónomos; 3°.- Esenciales; 4°.- Extrapatrimoniales; 5°.- Inherentes; 6°.- Innatos; 7°.- Inseparables de la persona; 8°.- Necesarios; 9°.- Relativamente indisponibles y 10°.- Vitalicios.

**5.- Modificación de los derechos.-** Las modificaciones de los derechos puede producirse como *modificación subjetiva* en los sujetos activos o pasivos, o también como *modificación objetiva* en el objeto del derecho. Esta última 'puede consistir en un cambio cuantitativo del derecho, cuyo objeto puede incrementarse o disminuir, o en un cambio cualitativo del objeto'.

**6.- Transferencia y transmisión.-** El cambio de titular de un derecho, lo cual acontece en los derechos derivados, se produce a través de la *transferencia* cuando es entre vivos a título singular, o de la *transmisión* cuando el cambio se produce por causa de muerte a título universal como en la herencia, o a título singular como en los legados.

La transferencia o transmisión no alteran la extensión ni el contenido del derecho.

**6.1.- Derechos intransferibles e intransmisibles.-** Los derechos que no pueden transferirse ni transmitirse son, como hemos visto, los *derechos personalísimos*, por ejemplo, los derechos de familia, el derecho de pedir alimentos, el de suceder, &. Entre los derechos reales los de uso y habitación son intransferibles e intransmisibles. El derecho de usufructo puede transferirse pero no transmitirse. No puede transferirse el derecho que nace del pacto de retroventa.

**7.- Extinción de los derechos.-** Al hablar de la extinción de los derechos que hay que distinguir, como lo determina la doctrina, 'en cuanto se extingue solamente para el titular que los detentaba o se extinguen definitivamente'. El derecho se extingue para el titular en los casos de transferencia o transmisión. Al presentarse una de éstas, el derecho se extingue para el actuar titular, pero subsiste en el nuevo titular.

Muchas son las causales que hay que considerar en la extinción definitiva de los derechos. Se pueden contar entre ellas la *servidumbre*, que se extingue por su no uso; por la *declaración de nulidad* por rescisión; la *pérdida de la cosa que se debe*; la *confusión*; la *compensación*; la *transacción*; la *remisión*; la *novación* y la *solución o pago efectivo*.

**8.- Límite al ejercicio de los derechos.**- El ejercicio de los derechos no es un proto desbocado que deja retrasado al viento de la juridicidad. Existen poderosos frenos que hacen detener la carrera de la arbitrariedad, el abuso del derecho y la fe púnica. Esos frenos los denominamos *límites intrínsecos* y *límites extrínsecos*.

En el criterio doctrinario, los límites intrínsecos están determinados por la naturaleza o contenido del derecho mismo, la buena fe y la conformidad a su función social en el ejercicio del derecho. En cuanto al contenido del derecho mismo, desde un principio hay que tener en cuenta que no se encuentra uniformidad en la contextura de cada uno de los derechos. Diferente es, por ejemplo, tener las facultades de dueño con su poder dispositivo, que tener las de usufructuario sin ese poder. Avanzando, es preciso decir que 'la buena fe es una limitación en el ejercicio de los derechos subjetivos. Su ejercicio de mala fe está más allá de lo que el derecho autoriza y no tiene protección jurídica'(9). Y, así, por ejemplo, los contratos deben ejecutarse de buena fe y la acción pauliana permite rescindir los contratos que el deudor ha celebrado de mala fe: la compensación no puede celebrarse en perjuicio de los derechos de un tercero, &.

"Todos estos ejemplos nos demuestran que es inherente el proceder de buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos. Ellos no autorizan el que se los utilice, el que se los ejercite de mala fe. Tal ejercicio sobrepasa el derecho; se aparta de su contenido y de sus facultades. Tal conducta, aunque invoque como punto de partida un derecho subjetivo, no es una conducta conforme a derecho y carece de protección jurídica. En una conducta abusiva"(10).

El ejercicio de los derechos subjetivos también debe conformarse a su función social. Este es el tercero de los límites intrínsecos. Aquí, 'en lugar de usar el derecho para su meta normal y correcta se lo emplea o utiliza para algo diferente, literalmente se abusa de él. De aquí tal vez la expresión *abuso del derecho*... la anormalidad consiste en la alteración de la finalidad del derecho. Con un cierto resultado jurídico, de por sí admisible, se contraría sin embargo el alcance de otra figura jurídica distinta. Es un acto fraudulento. / Para demostrar que es artificial e inexistente la aparente normalidad con que el derecho se ha ejercido, debemos examinar otras situaciones a las que la anterior afecta y demostrar cómo el resultado jurídico normal de estas situaciones fue alterado por el fraude contenido en el ejercicio del derecho. / En el ámbito del derecho privado los particulares pueden muchas veces utilizar libertades hacia metas que no sólo no son las previstas por el ordenamiento jurídico, sino que lo contradicen. / Algunos autores estiman, desde otro punto de vista, que los derechos subjetivos son reconocidos a los individuos como funciones sociales, o, al menos, con

determinados fines sociales. Si el titular del derecho lo desvía o aparta de su fin comete un fraude que no merece protección jurídica'(11).

Los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos subjetivos se pueden resumir en el respecto a la buena fe de los terceros, la concurrencia de derechos y la colusión de derechos.

En cuanto a la primera limitación, 'no se trata de la buena fe que subjetivamente deben tener u objetivamente respetar los que contraen o desarrollen una relación jurídica. Estamos en presencia de terceros, extraños a dicha relación, pero cuya buena fe no puede ser desconocida y, por lo tanto, su situación jurídica afectada por el ejercicio por un tercero de un derecho subjetivo'. Un ejemplo patético del pago hecho al deudor insolvente en fraude de sus acreedores.

La concurrencia de derechos es otra limitación extrínseca para el ejercicio de los derechos subjetivos. Como ejemplos podemos llamar a alistamiento el derecho de propiedad y el de usufructo sobre el mismo bien. El primero estará limitado por las facultades del usufructuario en el sentido de que el uso y goce corresponde únicamente a este último. La concurrencia también puede presentarse entre un derecho real y otro personal, como en el caso de un crédito a la orden dado en prenda a un tercero mediante un endoso o garantía. En este evento el endosatario es el único facultado para exigir el pago correspondiente.

La colusión de derechos, última de las limitaciones extrínsecas llamadas a este estudio, se diferencia de la concurrencia en que en ésta los derechos que recaen sobre un bien, por ejemplo, son diferentes. En la actividad colusoria los objetos son diferentes. Se presentan varios casos: la colusión que puede producirse entre derechos reales y personales; la de derechos reales de la misma naturaleza; las de derechos de distinta jerarquía y naturaleza; las de derechos de la misma jerarquía, pero de distinta entidad; la que se presenta entre derechos personales.

En el primer caso, la colusión entre derechos reales y derechos personales, la preeminencia corresponde a los reales; en el segundo supuesto, o sea la colusión solo entre derechos reales, prevalece el que se constituya primero, por ejemplo, en múltiples hipotecas, se solucionarán por el orden de sus fechas, pero si éstas coinciden, el pago se realizará por el orden de inscripción. Entre derechos de distinta jerarquía y naturaleza también lleva la ventaja el derecho de mayor jerarquía; en la colusión entre derechos de la misma jerarquía pero de distinta entidad prima el derecho de mayor entidad; y finalmente, la colusión de los derechos personales entre sí se resuelve por la fecha de sus causas.

**9.- Sujetos de derecho.-** Es opinión de muchos tratadistas que este tema es de los de mayor importancia en el desarrollo de los conceptos jurídicos cardinales. Lo estudiamos, claro está, no como hombre o ser biológico y metafísico, sino como hombre convertido en ente idóneo para adquirir derechos y contraer obligaciones. Conclusión inmediata de esto es su acercamiento a la infinitud de los derechos subjetivos.



Estos entes capaces de contraer derechos y obligaciones se han dividido desde antaño en *personas físicas* (sujetos jurídicos individuales, como los hombres en cuanto tienen obligaciones y derechos) y en *personas morales*, o sean las sociedades comerciales, por ejemplo, &.

**9.1.- Personas naturales.**- En el punto 3, de este mismo capítulo dijimos que el primer elemento de la relación jurídica corresponde a los sujetos. Los sujetos de derecho son las personas, las personas naturales, todo ser humano, todo individuo "**de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición**" como lo enseña el Artículo 74 de nuestro Código Civil.

**9.2.- Personas físicas.**- Una síntesis de este tema debemos abordarla tomando a la **persona** por lo que es, o sea como un *sujeto de derecho*, con aptitud jurídica dada por la **personalidad**. "Toda persona, desde el momento mismo de su aparición en el mundo, tiene una dimensión jurídica, una juridicidad por la cual sustenta atributos y títulos que les son propios".

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. Esta operación se produce en el instante mismo en que la criatura es desconectada del cordón umbilical y lanza su primer grito, bien sea espontáneamente o provocado por manotazos dados sobre sus glúteos para llevar aire a sus pulmones. De todos modos, es posible la aplicación de la *docimasia pulmonar hidrostática* para probar técnicamente si el nuevo ser ha llegado a ser persona en derecho, acreedora a todos los derechos otorgados por las leyes. También es idóneo el empleo de otros medios probatorios como son los testimonios.

En el otro extremo de la línea de la alteridad de la existencia, opuesto al nacimiento, encontramos la **muerte**. Este otro concepto no es de fácil apresamiento, pues aún con la revolución provocada por los fonendoscopios de Teófilo Laenec y el fetal de Pinard, sintetizada en el célebre aforismo de que '*el corazón es el primero que vive y el último que muere*', el concepto aún se desliza en la sabia discusión médica. En Colombia, nuestro país, el Código Sanitario Nacional (Ley 9ª. De 1979) aceptó el concepto de *muerte cerebral* como el último paso de la vida. El Decreto 2363 de julio 25 de 1986 definió la muerte cerebral de la siguiente manera: "*Entiéndese por muerte cerebral el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico*".

La muerte es un proceso que produce efectos en Derecho, cuyo momento de acaecimiento se determina mediante certificación estatal, piedra miliaria para iniciar el trámite de la sucesión. La muerte es posible presumirla cuando no se tengan noticias de la persona desaparecida en los dos años siguientes al inicio de su ausencia. Los requisitos para este fin los señala la ley civil.

**9.2.1.- Presunción de conmorienencia.-** El Artículo 95 del Código Civil Colombiano nos ilustra sobre la *presunción de conmorienencia* en los siguientes términos: *"Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiera saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos (sic) casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras"*.

**9.3.- Atributos de la personalidad.-** Se han señalado como *atributos de la personalidad* los siguientes: *nombre, capacidad, nacionalidad, domicilio, estado civil, patrimonio y derechos de la personalidad*.

**9.3.1.- El nombre.-** El nombre es el signo utilizado social, política y jurídicamente para unimismar a una persona. La ley se ocupa de asegurar este derecho. En nuestro país es el Decreto 1260 de 1970 es el que se ocupa de todo lo relacionado con el nombre y es su Artículo 3º el que establece que *'toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo'*. Los apellidos son el nombre patronímico o de familia. El seudónimo es el nombre ficticio de una persona, utilizado generalmente en obras literarias, como en el caso de Miguel Ángel Osorio más conocido como Porfirio Barba-Jacob; Molière, cuyo verdadero nombre era Jean Baptiste Poquelin; Pablo Neruda, cuyo nombre era Neftalí Reyes; Suckert Erich, que escribió con el seudónimo de Curzio Malaparte; Fray Gabriel Téllez, que conocemos como Tirso de Molina; o en artículos periodísticos como Calibán, cuyo verdadero nombre era Enrique Santos, Klim, cuyo nombre era Lucas Caballero, Ciro Mendía, poeta antioqueño cuyo verdadero nombre era Carlos Mejía Ángel, Luis Donoso, cuyo nombre era Roberto Londoño Villegas, &; y muchos políticos y militares como Vladimir Ilich Ulianov, conocido como Lenin; Viacheslav Skriabin, que fue el célebre Molotov, ministro ruso de Asuntos Exteriores en la década comprendida entre 1939 y 1949 y de 1953 a 1956; José Broz, más conocido como Mariscal Tito; en la tauromaquia, Manuel Rodríguez y Manuel Benítez, conocidos, respectivamente como Manolete y el Cordobés; y entre otros muchos, para no alargar demasiado la lista de ejemplos, encontramos el caso de Lucila Godoy Alcayaga, poetisa chilena conocida como Gabriela Mistral y el célebre Pancho Villa de los mexicanos cuyo nombre verdadero era Doroteo Arango Arámbula. Son miles los ejemplos.

Este atributo de la personalidad fue exaltado por el poeta romántico español José de Espronceda cuando dijo:

...el nombre es el hombre  
Y su primer fatalidad su nombre".

**9.3.2.- La capacidad.-** Nuestro Código Civil en el Artículo 1502-2 en forma sencilla nos enseña lo que es la capacidad diciendo que *"consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"*. Consagrado así el



concepto, el artículo siguiente del mencionado estatuto establece el principio de que '*toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces*'.

Siguiendo la senda trazada por las disposiciones evocadas, en el derecho sustantivo distinguimos la **capacidad de goce** y la **capacidad de ejercicio**, un poco emparentadas con las capacidades para ser parte y la procesal que se estudian en la Teoría General del Proceso.

La *capacidad para ser parte*, en interpretación de la Corte Suprema de Justicia, (5-IX-1972), "*es la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones*". La *capacidad de ejercicio* "*es la habilidad que la ley reconoce a una persona para intervenir en el comercio jurídico por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra persona*". Esta última capacidad también es conocida como *capacidad legal*, indispensable para la validez de los actos jurídicos. La capacidad debe existir tanto en el momento de formarse el consentimiento como en aquél en que se perfecciona el contrato.

Recientemente, promovida principalmente por el italiano Emilio Betti, se ha establecido una llamativa diferencia entre *capacidad* y *legitimación*, pues aunque ambas son formas de la aptitud para realizar actos jurídicos, la capacidad es *idoneidad natural*, en tanto que la legitimación es *idoneidad adquirida*. 'La capacidad, en suma como aptitud del hombre considerado como individuo, la legitimación como aptitud del hombre considerado en el seno de la sociedad' (E. Betti).

**9.3.2.1.- Incapacidades.**- La ley señala los siguientes casos de incapacidad:

- absoluta
- relativa
- especial

La *incapacidad absoluta*, comprende a los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender. Los actos que produzcan adolecen de **nulidad absoluta**. La *incapacidad relativa*, como consecuencia de las múltiples reformas del Artículo 1504 de nuestro Código civil, hoy solo opera esta incapacidad para los menores púberes y los disipadores interdictos. La *incapacidad especial* o *ausencia de legitimación* que genera nulidad relativa consiste, conforme con el inciso final del citado Artículo 1504, en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar determinados actos y coincide con la nombrada doctrina de la legitimación ya mencionada. Al respecto, el doctor Cubides Camacho agrega algunos ejemplos como 'la compraventa de bienes de establecimientos públicos por parte de sus administradores sin expresa autorización de autoridad competente, la compra de bienes por parte de empleado público por cuyo ministerio se vendan, la compra de magistrados y jueces de bienes en cuyo litigio han intervenido', &

**9.3.3.- La nacionalidad.-** La *nacionalidad* es el vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado determinado. Estos son los *nacionales*. Extranjeros son, pues, los que carecen de este vínculo gordiano, pero pueden adquirir, en nuestro caso, la honrosa calidad de colombianos si satisfacen las condiciones constitucionales y legales impuestas por nuestro ordenamiento jurídico.

La columna vertebral de ese ordenamiento, nuestra vapuleada Constitución Política de 1991, da la calidad de nacionales no solamente a quienes han nacido en territorio colombiano, sino también a aquéllos que la han adquirido por adopción, (Artículo 96). Legalmente, inclusive, es posible adquirir la nacionalidad colombiana aún en caso de haberla perdido por haber renunciado a ella. La Ley 43 de 1993 y el Decreto Reglamentario 207 del mismo año se ocupan de estas circunstancias.

Sin embargo, la citada Ley 43 de 1993 indica ordenadamente aquellos cargos públicos que deben ser ocupados exclusivamente por colombianos por nacimiento.

**9.3.4.- El domicilio.-** La definición legal de este atributo de la personalidad lo encontramos en el Artículo 76 del Código Civil: "*El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella*".

El domicilio iza su importancia en varias eventualidades procesales, tales como para la fijación de la competencia en los procesos contenciosos, que radicará en el juez del domicilio del demandado, pero si éste tiene varios domicilios o son varios los demandados, elige el demandante. Sólo en el caso de que el demandado no tenga domicilio, la competencia radica en el juez de su residencia, será competente el propio juez del domicilio del demandante; en los procesos de jurisdicción voluntaria será competente el juez del domicilio de quien lo promueve. En los procesos de sucesión es competente el juez del último domicilio del causante, pero si tuvo varios o no tuvo domicilio en el territorio nacional, será competente el juez del asiento principal de sus negocios.

La ley, en todo caso, se encarga de fijar el domicilio para iniciar las acciones de algunos otros derechos como los de presunción de muerte por desaparecimiento, los procesos concursales, los de sociales comerciales, los de familia, inclusive para el ejercicio de ciertos derechos políticos.

Conceptos que se encuentran muy cercanos al de domicilio son los de *residencia* y *habitación*. El primero es el lugar habitado por una persona, ya sea en forma permanente o transitoria. La habitación es la parte de una construcción (edificio o casa) en que una persona desarrolla sus actividades privadas.

**9.3.4.1.- Clasificación del domicilio.-** El *domicilio* se ha clasificado en político y civil. El *domicilio* político tiene que ver con las relaciones, inclusive los derechos, entre las personas y los Estados, o de éstos entre sí. Su estudio está a cargo de los derechos Constitucional o Internacional, respectivamente.

El *domicilio civil* se estudia como 'relación o vínculo entre una persona y determinado lugar o sitio del territorio del Estado (C.C. Artículo 77, para el ejercicio del derecho y el cumplimiento de sus obligaciones (C.C. Artículo 78), se subdivide en *especial* y en *general u ordinario*. Uno y otro pueden depender de la voluntad de la Ley' (Cañón R. Pág. 348).

El *domicilio especial*, como su nombre lo indica, es el sitio ocupado permanentemente para realizar ciertas relaciones necesarias para sus actividades. En el *domicilio general u ordinario* tiene lugar la permanencia normal o permanente para todos los efectos jurídicos. Se subdividen en *domicilio legal*, el *domicilio de origen y voluntario*. El *domicilio legal*, que es el de los criados y dependientes, el de los militares en servicio activo, el de los criados y dependientes, &. Lo fija la ley a ciertas personas por la situación de dependencia con respecto a otras o por los cargos que desempeñen. El *domicilio de origen* 'es el que tiene una persona entre el momento en que, por alguna razón, se extingue el domicilio legal y el momento en que voluntariamente adquiere otro'. Se presume que es el mismo domicilio legal. El *domicilio voluntario* o de adquisición es el que una persona, no sometida a ningún otro domicilio, escoge libremente. Pero hay que tener en cuenta que aunque una persona 'por largo tiempo habite una casa, propia o ajena, no tiene domicilio en dicho sitio, si: 1. Conserva su familia y la sede principal de sus negocios en otro sitio o lugar, v. gr.: el condenado a pagar una pena (C.C. Artículo 81). 2. La residencia es accidental o temporal. Tal es el caso del agente viajero, del oficial de policía, del estudiante, etc., salvo que se trate de extranjero, respecto de quien la sola residencia toma o surte los efectos de domicilio (C.C. Artículo 84)' (Cañón Ramírez. Pág. 351).

**9.3.5.- El estado civil.-** El Artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 nos enseña que '*el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y en la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. Es indivisible, indisponible e imprescriptible y su asignación corresponde a la ley*'. En breve concepto jurisprudencial, el *estado civil* es la calidad de una persona en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles.

De la definición legal se deduce, pues, que son características del *estado civil* el de ser único, indivisible, indisponible e intransmisible. Único en cuanto toda persona tiene un solo estado civil, como ser hombre, o mujer, mayor de edad o menor, vivo o muerto, &, de modo que no se puede tener calidad frente a unos y otra diferente a la vista de otros. Y como queda sugerido, tampoco puede ser negociable por ser indisponible e imprescriptible.

**9.3.5.1.- Fuentes del estado civil.-** La doctrina ha dado el carácter de fuentes del estado civil los *hechos jurídicos*, como el nacimiento, la muerte, &: los *actos jurídicos* como el matrimonio, la legitimación, & y las sentencias judiciales.

**9.3.5.2.- La familia y el parentesco.-** La *familia* es el conjunto de ascendientes y descendientes, colaterales y afines de un linaje. Mas sencillamente, *familia* 'es el conjunto de personas unidas por un lazo de parentesco o de matrimonio'.

El *parentesco*, como vínculo de familia, puede ser por *consanguinidad* o por *afinidad*. El primero de los mencionados 'se produce cuando dos personas descienden una de otra o tienen un antepasado común'. El parentesco por afinidad 'se produce entre una persona que ha conocido carnalmente a otra y los consanguíneos de ésta'.

En el parentesco se distinguen la *línea* y el *grado*. 'La línea es la serie de parientes que descienden unos de otros de unos antepasado común. En el primer caso se llama línea recta; en el segundo línea colateral. Según esto, padres, abuelos, hijos, nietos, son parientes en línea consanguínea recta: hermanos, tíos, sobrinos, primos, son parientes consanguíneos en línea colateral.

'Se entiende por grado el número de generaciones que separan a los parientes. En la línea recta el cálculo es muy fácil. El padre y el hijo son parientes en primer grado, el abuelo y el nieto parientes en segundo grado.

'Para contar los grados en la línea colateral es necesario subir desde un pariente hasta el antepasado común, y desde él bajar hasta el otro. Así, entre tío y sobrino tenemos: desde a su padre, un grado; a su abuelo, otro; del abuelo descendiendo al tío, un nuevo grado; en total tres grados. Los parientes más cercanos por línea colateral son los hermanos, cuyo parentesco es de segundo grado de consanguinidad colateral'.

**9.3.6.- El patrimonio.-** Sobre la naturaleza jurídica de este atributo de la personalidad la discusión ha sido interesante y fuerte. Una primera posición considera que el patrimonio fluye de la personalidad jurídica, comprendiendo todos los bienes y obligaciones del individuo, presentes y futuros, formando así una *universalidad de derecho* independiente de los bienes que lo integran. Entre los doctrinantes que sostienen esta corriente *subjetiva o personalista* se encuentra Planiol, quien sostiene además que 'toda persona tiene un patrimonio y que sólo la persona tiene patrimonio'.

La tendencia *finalista* de Bekker y Brinz no niega la existencia del patrimonio personal, pero resalta la utilidad de cada masa de bienes, afirmándose la existencia de patrimonios que no pertenecen a alguien sino a algo, los cuales están destinados a un fin, 'lo que lleva a explicar la importancia de la responsabilidad patrimonial'.

Coviello y Ferrara ondean la teoría *realista* y *atomista*, la cual argumenta que el patrimonio no es algo distinto de los bienes y derechos que lo componen, sino la adición de todos ellos y, por tanto, 'no puede ser considerado apto para ser objeto de un derecho subjetivo'.

Todas las precedentes doctrinas han sido rechazadas con el argumento de que solo conducen a abstracciones inútiles. Lideradas por Cossio concluyen que el patrimonio ofrece una configuración variable, por lo que debe ser estudiada por separado cada una de las diversas modalidades en que puede presentarse, que son esencialmente tres: personal, de destino y especial o separado’.

Otras posiciones, generalmente tenidas, como intermedias, consideran el patrimonio como ‘el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas que pertenecen a una persona y son estimables económicamente’. A este concepto se debe agregar el que sostiene que el patrimonio es una ‘masa de bienes de valor económico afecta y caracterizada por su atribución y el modo de atribuirse a quien sea su titular, y a la que el Derecho atribuye caracteres y funciones especiales’.

En síntesis, el patrimonio es considerado ‘como una unidad, y como idéntico a través del tiempo, con independencia de los elementos que lo integren y de los avatares que le acaezcan, lo que constituye la base de los principios de responsabilidad patrimonial universal y de subrogación real’. Además, cada patrimonio puede considerarse como independiente de los demás, en el sentido de que el ingreso o la salida de cada uno de sus elementos requiere un título, una causa que justifique ese paso, y ‘una esfera interna, constituida por el ámbito de libertad que tiene el titular del patrimonio para gozar, tener y disfrutar bienes conforme a su naturaleza y al contenido de derechos y facultades sobre los mismos, esfera que queda jurídicamente neutralizada al no poder existir derechos subjetivos entre los bienes del mismo patrimonio’.

**9.3.7.- Derechos de la personalidad.-** Sobre este tema nos remitimos al número 4.3 de este Capítulo.

**10.- Las personas jurídicas.-** Conforme con el Artículo 633 del Código Civil Colombiano, “se llama *persona jurídica* una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Para su validez requiere que se satisfagan ciertos requisitos indicados por la misma ley. Tales son: a) Un acto de creación; b) Una organización; c) Un patrimonio; d) Un órgano de administración.



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., páginas 172-173.
- (2) CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *"Derecho civil. Parte general y personas.* Editorial ABC. Bogotá, 1994. Páginas 35 y 36.
- (3) BADENES GASSET, Ramón. *Conceptos fundamentales del derecho.* 6ª. Edición-Marcombo Boixareu Editores, 1982, pág. 57.
- (4) DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte general.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980. Páginas 274/5.
- (5) Monroy Cabra, Marco Gerardo. Ob. Cit., pág. 276.
- (6) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 282.
- (7) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 281.
- (8) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 283.
- (9) CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Ob. Cit., páginas 270-273.
- (10) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 302.
- (11) ———. Ob. Cit., pág. 303.





## CAPÍTULO VIII

# *Fuentes del Derecho*

**1.- Teorías.-** De Claude du Pasquier es el siguiente párrafo con el cual queremos iniciar nuestro recorrido por las fuentes del derecho: *"El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho"*(1).

De las fuentes del derecho se viene hablando seria y reiteradamente desde cuando se conocieron las páginas de *"Sistema de derecho romano actual"*, valiosa obra de Federico Carlos Savigny, el gran maestro del Historicismo Jurídico, para quien el derecho se origina en el espíritu del pueblo y las fuentes no son sino las formas de manifestación de esa conciencia común. Fuente no es, pues, la causa del nacimiento del derecho –que siempre y en todo caso es el espíritu del pueblo– sino la manifestación o síntoma de éste. Seguidas de esta concepción del estudioso alemán se fueron formando teorías que aparecen como *un trivio* dentro de la Técnica Jurídica. Fueron ellas la **monista**, la **dualista** y la **pluralista**. La teoría **monista** se inclina definitiva e integralmente a sostener que en el derecho no puede existir más de una fuente que es la LEY. Pedro Alejo Cañón, en el Tomo I de *'Derecho Civil'* explica que para esta teoría admitir la pluralidad de fuentes es incurrir en anarquía, citando además a Doménico Barbero que tuvo el concepto de que *"si las fuentes fueren varias, autónomas o independientes, podrían dar de sí normas contradictorias; y si, para evitar esto se admite que están subordinadas, entonces se confiesa, explícitamente, que la fuente es única, y se muestra que se confunde la fuente con los medios y las formas de producción"*. Este autor nacional agrega que *"las fuentes resultan distintas de los **medios** y de las **formas** de producción"*

del derecho, pues uno es el comportamiento habitualmente practicado y otra es la producción de las normas, como obra de los órganos o instituciones a ellos destinados o válidamente delegados, medios a los cuales corresponden, como formas, la costumbre y la ley"(2). La teoría **dualista** admite que las fuentes del derecho son el estado y la sociedad, o sean la ley y la costumbre. Por su parte, la **teoría pluralista**, quizás la mayoritaria, admite que la cuna del derecho está no solo en el derecho consuetudinario, producido espontáneamente como provento de las creencias populares, sino también en el derecho legislado o sea como creación de las costumbres y del estado aunada a los esfuerzos particulares de la doctrina.

La legislación colombiana adhiere a la última de las teorías nombradas mediante las eruditas disposiciones de la Ley 153 de 1887. Así, esta ley mediante los Artículos 8° y 48° dispone, en su orden, lo siguiente: "*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*". "...Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia". El Código de Procedimiento Civil, por su parte, en su Artículo 37-8° obliga a los jueces "*a decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal*".

Tan interesante resulta este tema de las fuentes del derecho que muchos han sido los pensadores que han dado su aporte al asunto. Para el barón de Montesquieu (Charles de Secondat), por ejemplo, el derecho está en la naturaleza y no en las leyes. Para otros tratadistas, a las fuentes reales o materiales de que nos ocuparemos más adelante, hay que agregar las *fuentes históricas*, integradas por documentos, inscripciones, papiros, libros, etcétera, tesoros de quienes trabajan en los pozos airones del remoto pasado. También acrecientan la exposición de fuentes tradicionales con *los actos y negocios jurídicos y los tratados internacionales*. Los primeros son los que nacen de la voluntad privada como normas vinculantes, que son ciertas y positivas normas. Los segundos, es decir, los tratados internacionales, contienen preceptos obligatorios para los estados en ellos involucrados. Su expresión interna se encuentra concentrada en el llamado Bloque de constitucionalidad que enriquece el contenido de la Carta Fundamental constituido como está por el Preámbulo, el articulado, "los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, las normas convencionales y consuetudinarias sobre derecho internacional humanitario y los tratados de límites".

Finalmente, también hay que agregar que existen legislaciones y doctrinantes que califican a la **equidad** y los **principios generales del derecho**, inclusive la **analogía** como estanques donde abreva la ciencia del Derecho.

**2.- Clasificación tradicional.-** Al hablar de las fuentes del derecho, el profesor Norberto Bobbio (Teoría General del Derecho"), quien después de advertir que

era una definición bastante conocida, dice que las fuentes "son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas". Ángel Latorre Segura, por su parte, dice que "*un sistema de fuentes no es fruto del azar o del capricho, sino consecuencia de múltiples factores políticos, sociológicos e ideológicos y a través suyo, se transparenta un conjunto de ideas y de hechos dominantes en la comunidad a que se aplica*"(3). Eduardo García Máynez dice que "*son los procesos de manifestación de normas jurídicas*"(4). Julián Bonecasse las define como "*las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho*"(5).

Los actos o hechos de que habla el profesor Bobbio se han dividido tradicionalmente en *fuentes materiales* y *fuentes reales*, a las cuales nos referimos especialmente a continuación.

**2.1.- Fuentes reales o materiales del derecho.-** Estas fuentes corresponden a todas aquellas informaciones cargadas de circunstancias socio-político-culturales, ideológicas, sociológicas y económicas proporcionadas por la vida social, que impulsan el contenido de la norma jurídica, a los cuales se acerca a Edgar Bodenheimer en lo que él considera **fuerzas modeladoras del derecho**, las cuales singulariza como *fuerzas políticas, fuerzas psicológicas, fuerzas económicas*, agregando *factores nacionales y raciales y el determinismo cultural*.

**2.1.1.- Fuerzas políticas.-** Estas fuerzas políticas hacen relación a la influencia muchas veces decisivas de las invasiones de los pueblos extranjeros, las revoluciones internas o la concertación entre los grupos opuestos dentro de los mismos Estados.

De Ludwig Gumplowicz es la teoría citada por Bodenheimer de que todos y cada uno de los estados que han existido en la historia han tenido su origen en la sujeción de un grupo de hombres por otro grupo o tribu étnicamente diferente. Aunque esta respetable opinión no es totalmente aceptable, sí hallamos que el poder y la fuerza son factores determinantes del nacimiento de muchos de los gobiernos y estados de la más remota antigüedad como son, por ejemplo, el griego y el romano, promovidos por la invasión de las tribus germánicas que se desprendieron de los horizontes norteros; y como fue, igualmente, en los días de los bragados caballeros medioevales, la formación del imperio del Gengis Kan, "resultado de un sangriento proceso de subyugación y conquista". Pero a pesar de que el muestrario de esta particularidad de formación de Estados puede ser abundante, conviene de una vez evocar, siguiendo los ejemplos y "las fértiles sugerencias" del doctor Bodenheimer, al implantamiento de estados y gobiernos surgidos de la revolución, es decir, de los movimientos internos estatales. Es preciso, en esa forma, referirnos, como emblemático, a los Estados Unidos de América, cuya independencia y forma de gobierno surgieron como consecuencia de una lucha revolucionaria contra Inglaterra. En la misma Inglaterra es representativa la "Gloriosa Revolución" de 1688, la revolución francesa con

su adicional argumento fulgurante en el filo mortal de la guillotina y lo que fue la Rusia soviética, producto de la desesperada revolución bolchevique de 1917. "En todos estos casos se produjo por la fuerza y la conquista del poder desde dentro un cambio decisivo en la estructura del gobierno de una nación". Aunque la fuerza y la violencia, dice el autor que nos guía en este recorrido, "han acompañado en su cuna a muchos estados y gobiernos, en la mayoría de los casos se ha intentado trastornar el poder usurpado en derecho". Pero muchas veces éste surge del arreglo o compromiso entre los diferentes grupos o clases dentro del estado. Un ejemplo de amplias repercusiones históricas lo encontramos en el caso de las XII Tablas, "resultando de un episodio de la larga lucha por la igualdad política sostenida por la clase de los plebeyos, en su proceso de ascensión, contra los patricios gobernantes".

También el Derecho encuentra su pila bautismal en la autolimitación de los gobernantes. Caso llevado y traído en la historia del Derecho es el del rey Hammurabi, con su Código mil veces mencionado en nuestro tiempo pero jamás estudiado. Sucedidos como este pudieron lograrse por motivos altruistas o humanitarios, por "una acción dictada meramente por la voluntad de propia conservación, por la ambición, por miedo al descontento y a la revolución o porque el gobernante se haya dado cuenta de que al transformar el poder arbitrario en derecho puede darle una base más amplia y duradera".

Otro ejemplo es el código de Solón, que sembró las semillas de la democracia ateniense.

**2.1.2.- Fuerzas psicológicas.-** El hombre siempre ha buscado el acuerdo, la concordancia y el orden. El anhelo de paz ha sido, por eso, en todo tiempo, una apreciable fuerza motriz que ha impulsado la civilización hacia el derecho, en medio de ese círculo vicioso trazado por Federico II el Grande, rey de Prusia, cuando dijo que *"las guerras se hacen para conseguir la paz, y la paz, para preparar la guerra"*. Es lo mismo que ese ir y venir explicado por Geller von Keyserberg diciendo *"que la paz hace la riqueza, la riqueza la soberbia, la soberbia trae la guerra, la guerra la miseria, la miseria la humildad, y la humildad hace de nuevo la paz"*.

Quizá el mejor ajuste que se ha hecho de la paz estuvo sintetizado en la célebre frase de Benito Juárez, el diminuto gigante de la Historia de América, cuando nos hizo entender que "el respeto al derecho ajeno es la paz". De todos modos, ese deseo es un elemento muy poderoso que labora a favor del derecho y de la cultura, constituyéndose en una fuente material de aquél.

En las fuerzas psicológicas también se tienen en cuenta el hábito y la costumbre, pues el papel que desempeñan es de gran importancia en la evolución del derecho. Ello es particularmente cierto, dice Bodenheimer, "en los primeros estadios de su desarrollo. En la sociedad primitiva las órdenes de los gobernantes y sacerdotes eran obedecidas originariamente por temor religioso o respeto

a la autoridad. Gradualmente, a causa de la observancia continua y repetida, surgió en la mente de los miembros de la comunidad la convicción de que las reglas de conducta observadas por ellos eran parte indispensable de su vida social y, por tanto, estricta y necesariamente obligatorias”.

La costumbre también es considerada como una de las fuentes formales del derecho. A ella volveremos en el momento oportuno.

**2.1.3.- Fuerzas económicas.-** El derecho es producto de las fuerzas económicas. Esta teoría, conocida como del “socialismo científico”, fue creada por ese admirable binomio formado por Carlos Marx y Federico Engels, quienes utilizaron el método dialéctico de la interpretación de los fenómenos sociales de Jorge Guillermo Federico Hegel. La historia, en las sorprendentes conclusiones de Carlos Marx ayudadas por las doctrinas hegelianas, no era otra cosa que una lucha de fuerzas contrapuestas que se revelaba en la forma lógica de tesis, antítesis y síntesis. Pero para Marx y Engels la historia estaba dirigida por las fuerzas materiales, en tanto que para Hegel los factores que dirigían la historia eran las *fuerzas espirituales y las ideas*. La idea, decía Marx “no es otra cosa sino el mundo material, reflejado por la mente humana y traducido en formas de pensamiento”. Todas las manifestaciones de la vida social están causadas fundamentalmente por los fenómenos económicos.

La dialéctica marxista tiene tres doctrinas fundamentales en lo que atañe al derecho, que son: 1ª. La determinación económica del derecho; 2ª. El carácter de clase del derecho y la 3ª. La descripción del derecho en una sociedad comunista.

**Primera: la determinación económica del derecho.-** En esta primera doctrina el derecho aparece como una “*superestructura*” con apoyo basilar económico. El mismo Engels escribió que “*la situación económica es la base, pero los varios elementos de la superestructura... influyen en muchos casos en el curso de la lucha histórica*”. El derecho sólo es una función de los procesos económicos, que no tiene independencia alguna.

**Segunda: carácter de clase del derecho.-** La clase económica gobernante es la que siempre ha creado al derecho con el objeto de consolidar su poder ante las clases oprimidas. Este carácter de clase estará siempre presente, aún con la dictadura proletaria porque aún el proletariado requiere del derecho para eliminar toda hostilidad contraria. El derecho y el estado no podrán desaparecer como elementos de presión sino después de la victoria total del comunismo y el establecimiento de una sociedad sin clases en que sólo sea necesaria una simple ‘administración de las cosas’.

**Tercera: desaparición del derecho en una sociedad comunista.-** Esta tercera doctrina fundamental de la filosofía marxista “da un cierto aspecto metafísico a la interpretación marxista del derecho... Marx estaba convencido de que el mundo marchaba de las formas más bajas de la vida social a las más altas. Creía que el socialismo –al que consideraba como el siguiente estadio de la evolución

de la humanidad— sería un sistema social superior al sistema capitalista que le precedía, y que un orden socialista o comunista de la sociedad podría prescindir de instrumentos coactivos tales como el estado y el derecho. Estos supuestos —que no son susceptibles de comprobación empírica y pertenecen al reino de la especulación— separan la concepción marxista del derecho de las teorías jurídicas positivas con las que —en su parte crítica— tiene mucho de común”(6).

**Cuarta: factores nacionales y raciales: a) Escuela histórica del derecho.-** Hermann Kantorowicz (*"Savigny y la Escuela histórica del derecho"*) afirmó que *"El derecho, como la cultura, es emanación de las fuerzas inconscientes, anónimas, graduales e irracionales de la vida individual de una determinada nación"*. Es un resumen vitaminizado de la renombrada escuela de Federico Carlos Savigny y de Jorge Federico Puchta, en la que el derecho es fruto del carácter nacional y el espíritu peculiar de un pueblo, que no podía ser creado arbitrariamente por el legislador pues, producto de fuerzas internas que operan silenciosamente "como el lenguaje, la constitución y las costumbres del pueblo, el derecho estaba determinado, ante todo, por el carácter peculiar de una nación, por 'el espíritu de un pueblo' (Volksggeist). En cada pueblo —opinaba Savigny— se desarrollan ciertas condiciones y costumbres que, por ser práctica continua, acaban por convertirse en normas jurídicas. Sólo por medio de un estudio cuidadoso de esas tradiciones y costumbres puede encontrarse el verdadero contenido del derecho. En sentido propio el derecho es idéntico a la opinión del pueblo en materia de rectitud y justicia (y) tiene hondas raíces en el pasado de la nación..."(7). La escuela histórica mira siempre el pasado y se incrusta en el derecho consuetudinario, convirtiéndose así en el extremo opuesto del jusnaturalismo. **b) La teoría racista del derecho.-** En la Alemania nacionalsocialista que atizó la segunda Guerra Mundial surgió esta teoría apoyada en factores etnográficos y del carácter peculiar de las naciones. Para hacerla entrar en los caudales de la filosofía, se llegó, inclusive, al aprovechamiento del concepto de derecho natural, pero de la sangre y del suelo, en el cual se encuentra el derecho a la existencia de una nación, 'concedido por Dios', que debe aplicar el principio mosquetero de 'todos para uno y uno para todos': "un hombre tiene que ser para todos y todos los hombres para uno... la sangre igual pertenece a un mismo imperio". Bodenheimer se expresa así: "Según la teoría del movimiento nacionalsocialista alemán, una nación es una comunidad ligada por lazos de sangre. El espíritu y cultura de una nación están condicionados por su alma racial. Se sostiene que el derecho, como todos los demás valores culturales, se transmite por la sangre... El derecho debe ser puesto al servicio de la más alta función del estado que, según Hitler, es mantener la nación pura en sus características raciales y espirituales y protegerla contra las influencias raciales impuras. Sobre la base de esta opinión puede entenderse la definición del derecho dada por Alfred Rosenberg: "Es derecho lo que los arios consideran como tal; No-derecho lo que rechazan"(8).

**Quinta: Determinismo cultural.-** La temporalidad de la vida humana se refleja en la duración de las culturas. Estas "nacen, se desarrollan, llegan a la madurez, envejecen y finalmente mueren". Sin embargo, el óbito de una cultura no implica



el eclipse sempiterno de su recuerdo, pues éste siempre será reflejo importante en la génesis de nuevas culturas.

El derecho, lógicamente, también está comprometido con las eventualidades generales de la cultura siguiendo "las curvas de su desarrollo y de su decadencia. La culminación de la cultura romana, lograda en la época de Augusto, fue, a la vez, un período de un derecho altamente desarrollado. La decadencia de la cultura romana, patente desde el siglo III d. J.C., fue acompañada de una decadencia jurídica. Como el derecho es uno de los instrumentos más importantes de la cultura, está profundamente afectado por sus crisis y afectaciones". Los estudios de Jorge Guillermo Federico Hegel, Henry Summer Maine y Herbert Spencer, son fructíferos en este asunto y coinciden en la idea de que una civilización progresiva va acompañada de un desarrollo de la libertad política. Progreso y libertad van enlazados en sus sistemas filosóficos aunque sus opiniones se separan en cuanto tocan el contenido de esa libertad y los modos de asegurarla. Pero esas tres grandes figuras del conocimiento sí están de acuerdo de que el derecho es producto de la evolución cultural y comparte las alternativas a que están sometidas las civilizaciones humanas. "Siendo un producto de la evolución cultural, el derecho, en su desarrollo progresivo, es, para ellos, un instrumento importante para fomentar la libertad"(9).

**3.- Fuentes formales del derecho.-** Las fuentes formales del derecho corresponden a los pasos que hay que dar para la creación de las normas jurídicas incluyendo, claro está, las autoridades que intervienen en esa gestión, lo mismo que los medios que las expresan. "Cada fuente formal está constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos"(10). Las fuentes formales son, en síntesis, pautas generales en donde se anidan la **legislación**, la **costumbre**, la **jurisprudencia** y la **doctrina**. En Colombia, la legislación está constituida por la Carta Política y su interpretación dada por la Corte Constitucional; las leyes en todas sus manifestaciones; la costumbre; la jurisprudencia; los principios generales de derecho y la doctrina como fuente indirecta. Ahora se agregan los tratados internacionales, los cuales "tienen el valor de verdaderas fuentes de derecho, dependiendo de la concepción monista o dualista que se adopte y de lo que dispongan las normas constitucionales sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho privado"(11).

**3.1.- Constitución Política.-** Debemos advertir que una vez que la expresión "LEY" que emplea el primer inciso del Artículo 230 de la Constitución Política necesariamente designa al 'ordenamiento jurídico'; lo mismo sucede con las expresiones '**marco jurídico**' del preámbulo y '**orden jurídico**' que emplea el Artículo 16 del propio texto constitucional. Por otra parte, la dicción 'ley' empleada por el Código Civil también comprende la Constitución Política, la misma Carta Fundamental que depara el origen de un Estado o que fortalece sus cimientos; aquella que Hans Kelsen define como una ley fundamental colocada en lo más alto de la pirámide jurídica que determina el Derecho Constitucional Positivo del Estado; la misma **norma normarum** que establece el sistema de producción del derecho, norma de normas en el bautismo jurídico del Artículo 4° de nuestra Constitución

Política; la que, en el lenguaje de Georg Jellinek es "el conjunto de las reglas jurídicas relativas a la designación de los gobernantes, así como la organización y ejercicio del poder político dentro del Estado".

La ideología liberal ha dosificado el texto constitucional en dos porciones bien diferenciadas y de ricos contenidos. Son la *dogmática* y la *orgánica*. La primera contiene la declaración de derechos, libertades y, en su caso, deberes, "marcando la esfera individual exenta que reservan los ciudadanos frente a la injerencia del poder". La parte orgánica da las reglas para el establecimiento y funciones de los distintos órganos fundamentales y las relaciones entre los mismos, siendo éstas las pautas que indican la forma del Estado, como la monarquía, la república, el régimen parlamentario, presidencial, etcétera. En algunas oportunidades como en el caso de Colombia, también se incorpora a la Constitución un *Preámbulo* en que se resumen sus motivaciones y fines. No es el Preámbulo, pues, una declaración petrificada sin significado alguno, sino también una parte integrante del texto normativo que "encabeza la preceptiva básica del Estado". La Corte Constitucional en Sentencia C-479 de 1992 confirió poder vinculante al Preámbulo de la Constitución de 1991, el cual "da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas"(12) es, simplemente, como dice el doctor Jaime Angulo Bossa, "la conciencia de la Constitución"(13). "El derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política"(14).

La Constitución Política, ciertamente goza de amplia y constantemente supremacía, es invulnerable como un ejemplar personaje mitológico y verdaderamente maravillosa como faro que echa sus destellos hasta lo más lejano y recóndito de la legislación. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes lleva esta supremacía hasta comprobar la adecuación del Derecho Positivo de la Constitución.

Finalmente, conviene indicar, que, "refiriéndose a la Constitución colombiana, el Preámbulo reconoce valores como la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia participativa, la unidad nacional, etc."(15).

**3.2.- La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho.-** Al seguir venciendo nuestro trayecto debemos ampliar la división de esos hechos o actos de los cuales depende la producción del derecho. Nos referimos, lógicamente, a las fuentes del derecho, que si son formales tienen que ver solo con los factores suministrados por el propio orden jurídico y, si son materiales, recogen todos los factores extrajurídicos que inciden sobre la creación de las normas jurídicas, como lo explica Josep Aguiló Regla(16).

Conforme con el Artículo 230 de la Constitución Política de nuestro país, existen dos clases de fuentes del derecho que son las *directas* y las *subsidiarias*. Entre las primeras encontramos la LEY en su ubérrimo significado y plenitud, en el que



hallamos la propia Constitución, la ley en sentido estricto, el decreto, el reglamento, etcétera. Fuentes subsidiarias son la equidad, la jurisprudencia que no sea de la Corte Constitucional, los principios generales del derecho y la doctrina. La costumbre como fuente surge del Artículo 13 de la Ley 153 de 1887.

En la Sentencia C-104 (marzo 11 de 1994) la Corte Constitucional, después de una serena y erudita exposición, concluye diciendo que “así las cosas, tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país...”. Es aquí, entonces, en donde Moreno Millán entrega la dote de sus conclusiones para enseñarnos que “por mucho que pretenda discutirse el valor de la jurisprudencia constitucional la conclusión no puede ser más obvia: si la jurisprudencia como interpretación auténtica de la Corte es la manera, al lado de la legislación, como ella se ‘realiza’, no cabe duda que en el sistema de fuentes se encuentra en un punto intermedio entre la Constitución y la ley. La jurisprudencia tiene entonces valor supralegal”(17).

Para mayor claridad y explicación en este asunto, a continuación nos apartamos para dejar a la pluma de Moreno Millán la conclusión de este tema:

“Aunque *prima facie* la jurisprudencia constitucional no es una fuente directa en el derecho colombiano por su falta de consagración expresa en el artículo precitado (el 230 de la Constitución) un ejercicio escolar así como el análisis de otras normas nos permiten concluir lo contrario. Así, el Artículo 243 de la C.N. (sic) establece que ‘los fallos que dicte la Corte en ejercicio del control constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para expulsarlo del ordenamiento jurídico’. Este precepto consagra el ‘plus’ de la jurisprudencia constitucional al establecer que tiene el valor de cosa juzgada constitucional, esto es, tiene el valor mismo de la Constitución”.

...

“Además del Artículo 243 de la Constitución, el Artículo 1° del Decreto 2067 de 1991 estableció que “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares’. Este precepto explicó aún más el Artículo 243 en el sentido que venimos planteando: la jurisprudencia de la Corte Constitucional es fuente obligatoria”.

“La posición de la Corte en esta materia ha sido contundente. Así, en la sentencia C-131 de 1993 reflexiona sobre este punto y concluye que la jurisprudencia constitucional no tiene el valor de criterio auxiliar de la actividad judicial como parece desprenderse de una lectura simple y aislada del inciso segundo del Artículo 230 superior. Ese carácter subsidiario se predica en la jurisprudencia de los demás tribunales pero la suya adquiere un valor diferente como quiera que lo que se encuentra en juego es la supremacía y efectividad de la norma de normas. Así, al preguntarse si la sentencia constitucional es fuente auxiliar u obligatoria se responde que (...) la respuesta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria”.

Pero a este interrogante subyace otro de mayor envergadura. Una vez reconocido que la sentencia constitucional es fuente obligatoria es necesario establecer si todo lo consignado en una sentencia constitucional (de constitucionalidad abstracta o de tutela) es obligatorio o si lo es únicamente una parte de ella; si sólo es obligatoria un (sic) parte de ella como se conoce esa parte (sic). Para tal efecto, la Corte efectúa el siguiente análisis: '¿Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?'

"La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada".

"¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?"(18).

Para llegar a la respuesta esperada exploramos la interpretación de las fuentes del derecho y su jerarquía que ha hecho nuestra Corte Constitucional. Dice esta honorable Corporación, primeramente, que la palabra 'ley' que emplea el primer inciso del Artículo 230 de la Constitución Política designa necesariamente el 'ordenamiento jurídico', lo mismo que las expresiones 'marco jurídico' del Preámbulo y 'orden jurídico' que reposa en el Artículo 16 de aquélla. La costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana o moral social que son términos homólogos, también constituye derecho a falta de legislación positiva, al ser declarado exequible el Artículo 13 de la Ley 153 de 1887 por disposición contenida en la sentencia C-224 de 1994.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la primacía de la Carta Política aún en casos de incompatibilidad entre ella y la ley o cualquiera otra norma jurídica, la fuerza jurídica obligatoria de sus normas y el valor de su jurisprudencia como fuente del derecho, han sido abundantes. Los jueces, responsables de la aplicación del derecho en todos y cada uno de los casos que se ocupa la función jurisdiccional, están obligados a seguir las huellas del precedente jurisprudencial y, en apartándose de él, adquieren la obligación ineludible de expresar clara y razonablemente los motivos del distanciamiento provocado con la novedosa decisión.

Sobre este mismo tema se ha dicho que "además de la Constitución y las sentencias de la Corte Constitucional, son fuentes la ley, en sus diferentes categorías, y la costumbre supletoria. Respecto a la analogía, y los principios generales de derecho, en principio (sic) constituyen 'fuentes auxiliares de la actividad judicial' como lo dice el Artículo 230 de la Carta. Sin embargo, hay que tener en cuenta si los principios generales están constitucionalizados, en cuyo caso son fuente directa de aplicación. Así mismo, hay que considerar que el precedente debe ser respetado y aplicado por los jueces conforme lo ha declarado la jurisprudencia de la Corte Constitucional".

"En cuanto a la doctrina como fuente auxiliar de derecho, cobra cada vez mayor importancia dado que constituye el soporte de las decisiones judiciales. Si se trata de doctrina constitucional es la misma Constitución y por ende es verdadera fuente del derecho"(19).

Conviene dejar claramente explicado cinco aspectos de reconocida importancia que son: **Primero:** en el **precedente jurisprudencial** la *decisum* es la parte resolutive que es obligatoria; los *dicta* son argumentos no obligatorios; y la *ratio decidendi*, principio esencial, es el fundamento de la decisión. Conforme con la Corte, esta *ratio decidendi* es lo que obliga como *precedente* (Sentencia SU-47 de

1999). El principio del precedente establece un proloquio disponiendo que casos iguales debe tratarse de la misma manera, originando así “la necesaria seguridad jurídica, que implica que los jueces mantengan una interpretación coherente de las normas y en el principio de igualdad, que requiere que todos los ciudadanos sean juzgados bajo los mismos criterios, haciendo necesario que cuando los Tribunales abandonan sus viejas doctrinas para formular nuevos principios jurídicos, tengan en cuenta elementos técnicos paliativos de la inseguridad retroactiva y prospectiva que se genera”(20). **Segundo:** el efecto obligatorio *erga omnes* se enseña solamente para la revisión abstracta de constitucionalidad (Sentencia C-131 de 1993). Las sentencias de tutela, en cambio, solo producen efectos en el caso concreto (Decreto 2591 de 1991, Artículo 36); **Tercero:** actualmente, tanto la Corte Constitucional como el Congreso interpretan la ley por vía obligatoria (Sentencia C-037 de 1996); **Cuarto:** la Corte Constitucional (Sentencia C-083 de 1995) precisó los conceptos de *jurisprudencia constitucional* y *doctrina constitucional*. Esta última es la misma Constitución, obligatoria si hay vacío legal una vez aplicada la analogía ‘como mecanismo de integración de las lagunas de la ley. La doctrina constitucional es, además, interpretativa en casos dudosos. Es decir, la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia son fuentes auxiliares de derecho’. **Quinto:** el valor de la jurisprudencia “o lo que vendría a ser lo mismo, su posición dentro del sistema de fuentes es la de un punto intermedio entre la Constitución y la ley, vale decir una posición suprallegal. Este valor proviene de la especial cualificación con la que cuenta. No se puede afirmar que sea de valor constitucional porque eso equivaldría a decir que frente a una aparente contradicción entre un pronunciamiento jurídico-constitucional y un mandato superior sea necesario establecer cuál de los dos prevalece: la Constitución es norma y como tal desplaza su propia interpretación. Tampoco está al margen de la ley porque eso significa que la vida de la Constitución, la cual se realiza esencialmente a través de su interpretación, sea equiparable a un mandato de menor fuerza. Por eso, la solución más acertada es ubicarla en un punto intermedio entre la Constitución y la ley de modo que la supremacía constitucional en todos sus sentidos sea la constante del ordenamiento jurídico”(21).

**4.- La ley.-** La ley, o sea la norma emanada de los legisladores y el claustro materno de la actividad jurisdiccional, también se nos presenta en sentido formal o en sentido material. La ley formal es la dictada por el poder legislativo siguiendo el procedimiento establecido por la Constitución Nacional, pero sin el contenido de las verdaderas leyes, como sería, por ejemplo, una ley de honores que autorice un ascenso de carácter militar, u otra cualquiera sin la generalidad y permanencia propias de un precepto jurídico. Para algunos tratadistas, en estos casos se trata, en realidad, de actos administrativos del poder legislativo(22). Las leyes en sentido material son las que reúnen las características propias y el contenido de verdaderas leyes, como una reformativa de los enclenques Códigos Penal y de Procedimiento Penal colombianos. Planiol define el precepto material como una regla social obligatoria, establecida en forma permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza, de donde se desprenden sus principales características

en cuanto a principio normativo, tales como la de que es una regla social, que emana de la autoridad pública para que sea cumplida, que es sancionada por la fuerza, que es general y abstracta, permanente y cierta en cuanto, en esta última característica, está apoyada por el célebre principio *de nemini licet ignorare leges*.

Esta teoría dualista de la ley entre formal y material no tiene una aceptación *nemine discrepante*. Heller "propugna una teoría unitaria de la ley, sosteniendo que no hay leyes exclusivamente formales ni leyes exclusivamente materiales: 'Ley es toda norma de derecho dictada por el poder que representa al pueblo y que tiene, por ello, el carácter de regla superior. Las decisiones que no emanan de ese poder no son leyes, cualquiera que sea su contenido; ese contenido, por otra parte es siempre una norma jurídica, pues para que esta exista no se requiere la condición de generalidad; tanto si se refiere a un caso concreto como si está destinada a regir todos los casos iguales, una ley es una norma jurídica, en cuanto hace nacer facultades y obligaciones, en cuanto introduce un nuevo elemento particular o general en el orden jurídico anterior'(23).

**4.1.- Clasificación de la ley.-** Cualquier clasificación que se haga nace como un blanco de tiro en que todos disparan sus razones y críticas buscando el punto central de la diana que dilucide el asunto buscado. No se escapa esto de la clasificación de las leyes, tema interesante no solamente para llegar al conocimiento de su jerarquía, sino también para escrutar mejor las entrañas de todo ordenamiento jurídico. Comenzamos con la especial clasificación que hace nuestra Constitución Política en *leyes orgánicas*, *leyes marco* o *cuadro* y *leyes estatutarias*.

- a) **Leyes orgánicas.-** Son, conforme con el Artículo 151 de la Carta Fundamental, aquellas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Para su aprobación se necesita de la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra cámara y por medio de ellas se establecerán los reglamentos del congreso y de cada una de las cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.
- b) **Leyes marco o cuadro.-** De denominación doctrinal, estas leyes tienen que ver con la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, en consecuencia, conforme con los seis literales del numeral 19 del Artículo 150 de la Constitución referidos a asuntos económicos, estas leyes son posibles en los siguientes casos, en los cuales el gobierno deberá dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales deberá sujetarse: "a. Organizar el crédito público; b. Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República; c. Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; d. Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el

manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público; e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; f. Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales...".

- c) **Leyes estatutarias.**- Aunque hay un señalamiento taxativo de las materias que deben tratarse en esta clase de leyes, las cuales están destinadas a la dinámica de los principios constitucionales, no hay en la Carta Fundamental un pronunciamiento sobre lo que ellas significan. Para su aprobación, necesitan de la mayoría absoluta de los votos de los miembros del Congreso, dentro de una misma legislatura, previa revisión por parte de la Corte Constitucional para determinar la exequibilidad del proyecto. Estas leyes estatutarias "se presentan como una prolongación de la Constitución, que organizan la República, que dan normas estables, que no pueden cambiarse caprichosamente, como no se cambia la Constitución", ha dicho la propia Corte Constitucional (Febrero 4 de 1993).

Otra conocida clasificación que se conoce de las leyes es la que las distingue como *imperativas, prohibitivas, permisivas, declarativas y dispositivas*.

Comenzamos por aceptar la observación doctrinaria de que en sus profundidades toda ley imperativa es ley prohibitiva por interdecir lo contrario a lo que ella establece. También la superflua denominación de permisiva, ya que lo que es mandado pero tampoco prohibido, es lícito y permitido. Sin embargo, como sus propios nombres lo indican, las leyes permisivas o prohibitivas son las que, respectivamente, mandan o prohíben en bien del orden público y protección de todas las personas. Las leyes penales son ejemplos de las últimas.

Las leyes declarativas o supletorias son las que determinan las secuelas de los actos jurídicos que las partes no han previsto y leyes dispositivas cuando constituyen normas que regulan los conflictos entre personas que no han contratado entre sí.

Desde otra atalaya podemos observar las leyes normativas, modificatorias e interpretativas. Normativas son las leyes que se refieren y estatuyen sobre una materia que ha permanecido en estado de virginidad, sin recibir ninguna anterior implementación legal. Aquí, sin embargo, cabe la observación de que todas las leyes tienen esencia normativa. Un ejemplo bastante claro de los efectos de esta ley es el de la Ley 70 de 1931, que concedió entrada en nuestra legislación a los patrimonios de familia no embargables. La ley modificatoria cambia, varía o amplía una situación ya establecida en una ley anterior como, *verbi gratia*, la ley 27 de 1977 que fijó la mayoría de edad a los 18 años, siendo que anteriormente esta mayoría estaba extendida hasta los 21 años. Las leyes interpretativas son las que tienen por finalidad dilucidar las dudas surgidas por oscuridad o insuficiencia de otras leyes. Ellas, conforme con nuestra legislación (Artículo 14 del Código Civil), se entienden incorporadas a las que mejoran o completan, (no modifican), pero sin menoscabar los efectos de las sentencias ejecutoriadas en

el tiempo transcurrido entre las dos leyes, ni afectar las transacciones realizadas en el mismo lapso (Artículo 2483 del Código Civil). En este caso no se habla de retroactividad, pues de lo que en realidad se trata es de una incorporación de la ley interpretativa en la interpretada para completarla y considerarla en adelante como una sola y única ley(24).

**5.- La costumbre.-** De gran importancia para la escuela histórica de Savigny, pues en su concepto era el sentido innato del pueblo en cuestiones de derecho, la costumbre hace parte de las fuentes formales del derecho como determinadora del origen de la ley. Francisco Gény opina que la costumbre es "*un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo*". Ella surge espontáneamente del conglomerado social ostentando dos elementos, uno *sustancial y objetivo* y otro *espiritual, subjetivo o sicológico*. El primero se identifica con la repetición constante de actos uniformes; el segundo con la conciencia de su obligatoriedad, o "convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio". Este elemento subjetivo es la *opinio juris* (**opinio juris seu necessitatis**). En nuestra legislación la costumbre adquiere su credencial de fuente del derecho con el uso social general y conforme con la moral cristiana, a falta de legislación positiva (Artículo 13 de la Ley 153 de 1887).

Así las cosas, entre costumbre y ley, surgen algunas diferencias como aquella de que la costumbre nace de los usos del cuerpo social, mientras la ley necesita de una ovulación legislativa; otra diferencia se concreta en la pérdida de eficacia de la ley, para la cual se requiere el procedimiento y las causas señaladas en el ordenamiento jurídico, mientras que la costumbre se esfuma con la pérdida de uno cualquiera de sus elementos constitutivos. Otras diferencias las vemos en que la ley rige inmediatamente después de su publicación o vencida la *vacatio legis*, en tanto que la costumbre obliga a la repetición de los actos que la constituyen a través del transcurso del tiempo.

**5.1.- Clasificación de la costumbre.-** Según su relación con la ley, la costumbre puede ser *según la ley, fuera de la ley y contra la ley*, conocida en otros términos, respectivamente, como *interpretativa (secundum legem)*, *supletoria (preter legem)* y *contraria a la ley (contra legem)*. La primera es el mismo derecho escrito que se ha adaptado a las prácticas sociales; la costumbre supletoria es la que disciplina situaciones no contempladas en la ley y que llena los vacíos de ésta, no se oponen a las prescripciones del derecho escrito sino que las completan. Tiene vigencia como fuente paralela a la ley o subsidiaria de la misma, con eficacia únicamente cuando la ley permite su aplicación. Como vimos en lo establecido por el Artículo 13 de la Ley 153 de 1887; finalmente la costumbre contraria a la ley es la que se opone abiertamente a las normas legales, la cual, obviamente, es inaplicable. El Artículo 8º del Código Civil colombiano es de una claridad meridiana en este asunto: "*La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia ni práctica alguna por inveterada y general que sea*".



En nuestro derecho comercial la costumbre "tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. / En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior". Y el Artículo 5º del mismo Código establece que "las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles".

Según el sistema a que pertenece, la costumbre puede ser nacional, extranjera y de derecho uniforme, división ésta tratada en la clasificación de las normas jurídicas.

**6.- La jurisprudencia.-** El término *Jurisprudencia* se nos presenta con dos significados diferentes. El primero de ellos nos enseña que es sinónima del propio derecho; el segundo se manifiesta surgido de las decisiones de la actividad jurisdiccional y en este sentido se ha dicho con acierto que la ley reina, pero la Jurisprudencia gobierna. Esta palabra, pues, indica, en general, la ciencia y la práctica del derecho. A este último sentido estricto, nos referiremos subrayando que la jurisprudencia es el disolvente de incoherencias legales, es la luz que vence la oscuridad del laberinto de los incisos, es el relleno de los abismos de los textos legales y el mecenas de las doctrinas que se aposentan en las vigiliadas del tratadista. Por esto la arrojada exclamación del juez norteamericano: "¡La ley es lo que los jueces dicen que es!".

Se deriva de todo lo anterior la necesidad de la *uniformidad* en la jurisprudencia para bien de la estabilidad jurídica, guardiana de la cohesión y equilibrio del ordenamiento jurídico, como lo han pregonado muchos tratadistas. Para ello, se distinguen como medios para lograr esa uniformidad, *los principios generales de derecho, los recursos de apelación y de casación* que busca expresamente, este último, 'unificar la jurisprudencia nacional'.

Sin embargo, por otro lado, mencionamos el gran dilema que ha inquietado a los estudiosos de este tema en el sentido de determinar si la actividad jurisdiccional siempre es *creadora de derecho*, si *solo es creadora* en determinados casos, o si es *simplemente declarativa de derechos*.

**6.1.- La jurisprudencia como creadora del derecho.-** Esta tendencia es la que porta el anillo sigilario en el derecho angloamericano por cuanto en toda decisión de los jueces hay creación del derecho: es indispensable acatar las decisiones (*stare decisis*) anejando el fallo al *common law* como precedente obligatorio o suasorio.

Para algunos intérpretes, la jurisprudencia sí es creadora, pero solo en determinados casos, reflexión que constituye la segunda de las tendencias señaladas. Es el caso en que un juez llena un vacío de la ley "mediante procedimientos de integración creando una verdadera norma".

**6.2.- La jurisprudencia es meramente declarativa.-** La labor del juez es sencillamente declarativa, en cuanto al derecho que se encuentra en el texto de la ley: ésta es la premisa mayor, la premisa menor es el caso y la sentencia es la conclusión o *subsunción*, o sea el proceso de colocar la premisa menor al lado de la mayor –es decir, de poner los hechos particulares del caso dentro de una norma general–.

**7.- La jurisprudencia y la costumbre.-** Estas dos fuentes materiales del derecho se diferencian por el *origen*, por la *naturaleza* y por la *jerarquía*. Por el *origen*, la jurisprudencia procede de la actividad decisoria de los jueces. La costumbre es espontánea y popular. 'La ley registra las costumbres; no las crea', dijo André Maurois. Por la *naturaleza*, la jurisprudencia es regla de derecho impuesta por los jueces, sin adobamiento adicional alguno; la costumbre exige el uso reiterado. Por la *jerarquía*, la ley la tiene mayor que la costumbre, pues ésta es recogida por la primera y los jueces deben aplicarla.

**8.- Principios generales del derecho.-** La naturaleza y concepto de los principios generales de derecho no ha sido posible concretarlos en forma definitiva aunque en muchas legislaciones, como también en la nuestra con la sabia Ley 153 de 1887 en su Artículo 8º, se dispone que las reglas generales de derecho deberán aplicarse a falta de leyes que regulen casos semejantes o de la doctrina constitucional. Lógicamente, estos principios tienen aplicación subsidiaria.

Siendo, pues, el entendimiento de los principios generales de derecho 'una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica', tienen la característica de llenar las condiciones tanto de las fuentes formales como materiales del derecho con su aposentamiento regio aún en la propia Constitución Nacional, siendo ésta, además, la fuente principal de derecho en Colombia junto con su Preámbulo con carácter normativo obligatorio y la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además, encontramos un grupo de principios generalmente conocidos entre los cuales se distinguen el *abuso del derecho*, la *buena fe*, el *enriquecimiento sin causa*, el *error común hace derecho*, el *fraude a la ley*, la *imprevisión* y el *pago de lo no debido*. Autores hay que con jerarquía inferior señalan las reglas generales del derecho, que son principios de la lógica aplicados a la ciencia jurídica. Se contienen en brocárdicos que nos vienen de las prácticas romanas tales como los siguientes que encontramos en la obra de Noguera Laborde, ***ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*** (donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir); inclusiones ***unius fit exclusio alterius*** (con la inclusión del uno se excluye el otro); ***ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*** (donde existe una misma razón de la ley, existe la misma disposición legal); ***exceptionis sunt strictissimae interpretationis*** (las excepciones son de estricta interpretación); ***cessante legis ratione, cessat eius dispositio*** (al cesar la razón de la ley, cesa también su disposición)(24).

**8.1.- Abuso del derecho.-** La modelación de este principio ha sido en Colombia obra de la jurisprudencia. Los derechos de los individuos no son absolutos.



Su relatividad hace que el uso de ellos esté basado en motivos legítimos, hasta tal punto que la inmoderación da pábulo a una segura indemnización.

Dos condiciones se requieren para que se configure esta regla de derecho. Son ellas: 1ª.- Que no se tenga un interés legítimo y serio, o sea, que no exista un fin útil; 2ª.- Que exista una intención proditoria al actuar.

El embargo en exceso de bienes del deudor, la insistencia en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, el abuso del derecho a litigar, la formulación temeraria de denuncia criminal y el abuso del derecho de propiedad son ejemplos del abuso del derecho, dados por la misma Corte Suprema de Justicia, la cual ha considerado desde una vieja jurisprudencia "el abuso del derecho como una forma especial de culpa aquiliana... fundamentando sus decisiones en el Artículo 2341 del Código Civil": *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido"*.

**8.2.- Buena Fe.-** Considerada únicamente dentro de la órbita jurídica, 'es la justa opinión, convicción, creencia y diligencia de haber realizado o esté realizando u observando aquello para lo cual se tenía el derecho de hacer o de omitir (todo lo que es conforme al ordenamiento jurídico), ignorando cualquier vicio que pueda afectar tal acto. Es la honestidad, la honradez y la voluntad en el comercio jurídico; con plena conciencia de no engañar, perjudicar ni dañar'(25).

El profesor Arturo Valencia Zea aconseja que el "concepto de la buena será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, esto es, el de la mala fe. Obra de mala fe quien pretende obtener ventaja o beneficios sin una suficiente dosis de probidad; vale decir, contrariando los usos sociales y las buenas costumbres"(26).

La buena fe se presume y exige que siempre esté presente en todas las declaraciones de voluntad. La propia Constitución Nacional así se expresa en su Artículo 83: ***"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas"***.

**8.3.- Enriquecimiento sin causa.-** En la presentación de este principio podemos decir que ninguna persona puede obtener ventajas en su patrimonio a expensas del ajeno sin una causa que lo abone. Mediante casación del 19 de noviembre de 1930, la Corte Suprema de Justicia señaló los siguientes requisitos para que se configure este principio del enriquecimiento torticero: 1º.- Que el obligado se haya enriquecido, o sea, que exista en su favor una ventaja patrimonial; 2º.- Que haya un empobrecimiento correlativo, es decir, que el enriquecimiento se haya realizado a costa del empobrecido; y 3º.- Que el desequilibrio entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido se haya producido sin causa jurídica. 4º.- Que el perjudicado carezca de otra acción que no sea la de ***in rem verso*** encaminada a impedir todo enriquecimiento. Es esta una acción subsidiaria, pero

también carecerá de ella el demandante que por su hecho o por su culpa pierde cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia; y 5º.- Que la citada acción no pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley, pues en dicho caso, la acción referida no procede.

El enriquecimiento sin causa está expresamente consagrado en el Artículo 831 del Código de Comercio: "*Nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*". En materia penal es delito y civilmente es una de las fuentes de las obligaciones.

**8.4.- Error común hace derecho (*error communis facti ius*).**- En casación de mayo 20 de 1936, la Corte Suprema de Justicia dijo que para la aplicación de este principio es indispensable que se reúnan los siguientes requisitos: 1º.- Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí colectivo; 2º.- Que el error haya sido invencible, o sea, que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido.

Este principio tiene una estrecha relación con la *teoría de la apariencia* pues, como manifiesta la misma autoridad judicial, "la falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva. Mazeaud, que se preocupó por estudiar las relaciones entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esa teoría. '*La situación de hecho contraria al derecho, nacida del error invencible debe ser mantenida, agrega dicho autor... No había seguridad social si quien obra con toda la prudencia necesaria no se encontrara protegido. Hay allí una concepción que se desprende de la moral y que es tanto más interesante cuanto que parece dirigir nuestra jurisprudencia en todas las ramas del derecho*'.

En el inciso segundo del Artículo 947 del Código Civil encontramos un ejemplo de este principio. Tal disposición es del siguiente tenor:

"Artículo 947.- Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.

Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprando en una feria, tienda u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esa circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla".

**8.5.- Fraude a la ley.**- La *fraus legi* "es una maquinación engañosa para causar perjuicios a tercero, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ellos se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es solo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va

unido como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste, en que el elemento intencional de causar perjuicio a otro predomina, pero en el que no siempre está condicionado por una maquinación sino más bien por una sagacidad para causar perjuicios" (Corte Suprema de Justicia-Sentencia de junio 9 de 1943).

El doctor Augusto González Ramírez nos dice que "como ejemplo de este principio puede citarse la insolvencia maliciosa del deudor para burlarse de sus acreedores, llamada comúnmente '*fraude a terceros*'. En este evento, los acreedores burlados pueden obtener la revocación de los actos celebrados en su perjuicio por el deudor, ejerciendo la llamada '*acción pauliana o revocatoria*', la cual está consagrada en muchas disposiciones del Código Civil...(27).

**8.6.- Imprevisión.-** Durante la vigencia de un contrato pueden presentarse circunstancias no previstas en él y que pueden hacer dificultoso, aunque no imposible, su desarrollo y cumplimiento. Ajenas estas circunstancias a la fuerza mayor y al error, ellas son formadas por la imprevisión contenida en hechos extraordinarios posteriores al contrato, que lo hacen excesivamente oneroso. Esta imposibilidad relativa debe ser provocada por graves crisis económicas, estados de guerra, etc., pero nunca por hechos derivados de inactividad, culpa o negligencia de la parte que la invoca.

Gestada en el derecho administrativo, fue adoptada en derecho civil como una forma de salvaguardar los intereses en peligro del contratante sorprendido por inesperados acontecimientos.

**8.7.- Pago de lo no debido.-** En este principio pueden presentarse tres hipótesis: 1ª.- No existe ninguna deuda; 2ª.- Sí existe, pero el pago se hace a persona distinta del verdadero acreedor; y 3ª.- Sí existe pero la persona del deudor es distinta de aquella que paga. Y al respecto se dijo en una acartonada sentencia de la Corte Suprema de Justicia fechada en febrero 28 de 1923: "*Para que pueda repetirse lo indebidamente pagado, es preciso como condición esencial, que el pago se hubiese hecho por error. No puede demandarse el reembolso de lo pagado cuando se hizo a sabiendas de que no se debía*".

Y posteriormente dijo la misma Corte: "*Según Jossierand, 'cuando la prestación ha sido efectuada sin que el **solvens** fuese el deudor del **accipiens** y sin que hubiese la intención de consentir una liberalidad, se dice hay pago de lo indebido, es decir: pago sin causa jurídica; el **solvens** puede reclamar la restitución mediante el ejercicio de la acción de repetición de lo indebido. La teoría, continúa el mismo autor, no es sino una adaptación a una situación particular de la teoría más vasta del enriquecimiento sin causa, y la acción de repetición no es sino una repetición de la acción de in rem verso: el **accipiens** se enriquece injustamente, sin causa, a expensas del **solvens** a quien debe dar cuenta de su enriquecimiento'. // Según el mismo Jossierand 'para que haya pago de lo indebido son indispensables dos condiciones: que no haya deuda y que el **solvens** haya cometido un error, que haya*

*pagado creyéndose obligado civilmente: si ha pagado conscientemente la deuda de otro, o si él sabía no estar obligado sino naturalmente, o si ha querido hacerle una liberalidad al **accipiens**, se le rechaza la acción de repetición. // Desde el momento en que estas dos condiciones se reúnen, la acción de repetición está abierta al **solvens**, menos sin embargo que el acreedor haya suprimido su título sobre la fe del pago recibido, o haya perdido las seguridades que le pertenecían en vista del pago”.*

**9.- La doctrina.-** Es la opinión de los tratadistas o los profesores de derecho que, aunque no tienen fuerza vinculante, sí influyen en la producción de las otras fuentes, especialmente en la elaboración de las leyes y las decisiones jurisdiccionales. En su “Introducción a una teoría general del derecho”, Álvarez Gardiol agrega que “sin duda es función de los juristas penetrar en las más profundas raíces, descubriendo los cimientos mismos en que se apoyan los principios básicos de las instituciones jurídicas positivas. Es función de la doctrina, descubrir los primeros estratos de sustentación de las normas jurídicas elaboradas por los órganos facultados, brindando así, de la crítica demoledora y de la elaboración constructiva, las pautas de donde fluirán los intentos reformadores, y los impulsos de la creación del derecho nuevo”.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique. *Teoría general del proceso*. Ecoe Ediciones, Bogotá, 2006, página 2.
- (2) CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Ob. Cit., páginas 108/109.
- (3) LATORRE SEGURA, Ángel. *Introducción al derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pág. 81.
- (4) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., pág. 61.
- (5) BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del derecho*. Temis, Bogotá, 1982, pág. 81.
- (6) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit., páginas 187.21.
- (7) BODENHEIMER, Edgar. Páginas 221, 222, 226, 236, 245, respectivamente.
- (8) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., pág. 61.
- (9) MONROY CABRA, Marco G. Ob. Cit., páginas 144-145.
- (10) SENTENCIA C-479 de 1992. Corte Constitucional.
- (11) ANGULO BOSSA, Jaime. *¿Qué es un preámbulo?* Pág. 751. Editorial Jotamar.
- (12) SENTENCIA C-479 de 1992. Corte Constitucional.
- (13) MONROY CABRA, Marco G. Ob. Cit., pág. 153.
- (14) MORENO MILLÁN, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Editorial Leyer, Bogotá, 2002. Páginas 153, 53 y 53/54, respectivamente.
- (15) MONROY CABRA, Marco G. Ob. Cit., pág. 163.

- (16) GÓMEZ, Laureano. *El control constitucional en Colombia*. Editorial Unab. Bucaramanga, 2001, pág. 230.
- (17) MORENO MILLÁN, Franklin. Ob. Cit., pág. 55.
- (18) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 54.
- (19) MONROY CABRA, Marco G. Ob. Cit., pág. 168.
- (20) PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique. Ob. Cit., pág. 33.
- (21) NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Ob. Cit., pág. 84.
- (22) CAÑÓN, Pedro Alejo. Ob. Cit., páginas 141, 142.
- (23) VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. 10ª. edición. Editorial El profesional, 1984, páginas 85 ss.
- (24) GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. Ob. Cit., páginas 184/185.
- (25) CAÑÓN, Pedro Alejo. Ob. Cit., páginas 141, 142.
- (26) VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. 10ª. edición. Editorial El profesional, 1984, páginas 95 ss.
- (27) GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. Ob. Cit., páginas 184, 185.

## CAPÍTULO IX

# *Fines del Derecho*

**1.- Los valores jurídicos.-** Para las rectificadas corrientes filosóficas de hoy, los *valores* se encuentran extramuros de nuestra conciencia. Son algo que percibimos en tanto son objetos ideales que existen en nuestra mente como las nociones de número, mayor –o menor– que, cantidad, &, cuya forma de realidad es el *valer*, no el *ser*. Situados verdaderamente fuera del tiempo y del espacio, son independientes del sujeto, incomensurables, omnipresentes, absolutos, cualidades incitadoras de tipo emocional que estimadas y apreciadas provocan en nosotros ciertas sensaciones como, entre otras, las de agrado, admiración y deseo.

Los *valores*, en fin, son *cualidades* de ciertas cosas, personas o acciones que presentan características como **polaridad, jerarquía, realidad y normatividad** y que pueden ser conocidas. Cada valor positivo tiene su correspondiente negativo, son parejas opuestas, esto es la alteridad de los valores: justicia-injusticia, belleza-fealdad, bondad-maldad, &. Además, son susceptibles de jerarquización, se dan en una tabla de valores u orden jerárquico dado por ellos mismos, no por el sujeto que pondera: los espirituales son superiores a los sensibles (agrado, placer). Con referencia a la realidad, los valores se dirigen hacia ella en tal forma que solo es cualidad significativa lo que se realiza en una obra de arte o en un hecho de gran trascendencia. Finalmente, el valor tiene carácter normativo, o sea que exige su realización, así por ejemplo: el valor justicia no existe solamente para mostrarse estático, como pura esencia, sino para exigir su realización en los actos de los hombres que se traducen en relaciones con otros. *"Son, pues, los valores los que explican el deber ser jurídico y el deber ser moral. Estamos obligados a cumplir una norma jurídica no solamente porque sea el mandato o la voluntad de un legislador, sino también porque nos sentimos obligados a realizar el valor contenido en una norma, el valor realizado en ella"*(1).



Los fines del derecho se concentran en la **justicia**, la **equidad**, la **seguridad** y el **bien común**, los cuales constituyen los valores jurídicos, indispensables para que el ordenamiento jurídico sea expedito.

**1.1.- La justicia.-** La justicia, siendo el valor jurídico por antonomasia, es también un valor insescentable. De resonancia social e histórica desde los más remotos tiempos, sin solución de continuidad, ha llenado de luz y esperanza todos los senderos del derecho. Su significado se gesta en el tratamiento igual de los iguales, pero este concepto es bastante general, pues de la palabra igualdad no solo se desprende algo aproximado, ya que ella, en afirmación aceptable de Gustav Radbruch, "es siempre una abstracción, desde un punto de vista determinado, de una desigualdad dada".

En la **dikeología**, Ciencia de la justicia, encontramos una polisemia, o sea una pluralidad de significados, que recorre aspectos *subjetivo*, *objetivo* y *judicial*. En el primero de los nombrados la *justicia* es una virtud y se refiere a un sujeto, como cuando se expresa "*Justicia divina*" y "*Hombre justo*". La definición de derecho que da Celso es de esta índole: "*Ius est ars boni et aequi*"; la de Cicerón en "*La República*", igualmente: la justicia es "*el hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad*" y semejante la de Santo Tomás de Aquino en la "*Summa teológica*": "...es el hábito según el cual con constante y perpetua voluntad se da a cada cual su derecho". En sentido *objetivo* la *justicia* es la igualdad entre los actos y relaciones humanos, sin consideración de la voluntad de los sujetos comprometidos en esos actos o relaciones. Esta justicia es apoyo de la *subjetiva* porque solo puede darse a cada quien lo suyo cuando se tiene certeza qué es lo que le pertenece, tal como lo pregona la *justicia objetiva*. Finalmente, la *justicia judicial* es la que imparten los jueces como su más sagrado cometido apoyados también en la *justicia objetiva*, aunque en ocasiones haya que darle la razón a **Jean de la Bruyere** cuando en su obra "*Caracteres*" comenta que olvidando los jueces su deber, se embelesan en su oficio: "*El deber de los jueces es hacer justicia; su oficio aplazarla. Algunos jueces saben su deber y hacen su oficio*".

**1.1.1.- El pensamiento helénico.-** La filosofía, amor y fuente de sabiduría, nació en los vergeles del pensamiento griego. Flor de esos jardines fue la *justicia*, personificada en **Temis**, cuya castidad conservada con orgullo por la diosa selecta, fue al fin ardientemente despedazada por el propio **Zeus**, dios del cielo y señor de los dioses. El ímpetu del olímpico dejó en el santuario inaugurado el ramillete de trillizas que fueron la *equidad*, la *ley* y la *paz*. Pero los griegos fueron siempre más filósofos que juristas y su pensamiento se reflejó en tres escuelas en las que se depositaron sus primera inquietudes al respecto. Fueron ellas la **jónica**, la **pitagórica** y la **eléata**.

La escuela *jónica*, fundada por **Tales de Mileto**, tiene a **Heráclito** como su mayor representante. Enseñó el pensador de Efeso que todas las leyes humanas se alimentaban en la divina y que la guerra era la madre de todas las cosas por los cambios que suscita y los acuerdos que surgen. La *escuela pitagórica*, llamada



también *itálica*, fue fundada por **Pitágoras de Samos**. Para éstos el número era el principio de todas las cosas y la *justicia* era vista como igualdad pura y simple cuyo símbolo era el cuadrado. Luego la *escuela eléata* representada, entre otros, por **Jenófanes**, su fundador, **Parménides** y **Zenón de Elea**, que no tiene gran connotación para nuestro tema.

Aparecen luego los *sofistas* que, aunque no constituyeron una escuela, con su relativismo sí dejaron enseñanzas como las de **Trasímaco**, que vio en lo justo la convivencia del más fuerte; las de **Hippias**, que encontró en las leyes fuerzas que sometían al hombre a aceptar cosas antagónicas a su naturaleza; las de **Calicles**, que al predominio de los fuertes opuso el conjunto de las leyes como efecto de la unión de los débiles; las de **Protágoras**, para quien la *justicia* se realiza en las leyes de la ciudad sancionadas en búsqueda de la utilidad común de los habitantes; y las de **Antrifonte**, que definía la justicia como "*la no violación de alguna ley del Estado en que se es ciudadano*".

Es el momento en que también se ilumina el umbral de la filosofía con una de las figuras más atrayentes de la historia: la de **Sócrates** (469-399 a. J.C.), explorador de la verdad plagió la profesión de su madre que era comadrona y utilizó la *mayéutica* (parto de las ideas, dar a luz la verdad) para aplicar su método de enseñanza. Sus conocimientos los subrayaba con su célebre frase de "**sólo sé que nada sé**" y como demostración de que el saber no se alcanza desde fuera, sino desde dentro, tomó como divisa la frase del oráculo de Apolo grabada en el frontón del templo en Delfos: "**Conócete a ti mismo**" (*Gnothi seauton*). Sócrates escrutaba en todas las cosas la noción de universalidad que diera firmeza a la dificultad inquirida. Preconizaba así "que por sobre el conocimiento particular y sensible había que llegar al *conocimiento universal e inteligible*, o sea el verdaderamente científico". Insistía en que las leyes deben ser obedecidas aún siendo injustas para poder lograr la definitiva seguridad del Estado.

Sócrates no dejó absolutamente nada por escrito. Todo su bagaje intelectual perdura en el diálogo "*Critón*" de Platón, lleno siempre de su afán de llegar a la noción de *justicia*, por encima de hombres, eventualidades y de bajos intereses de la política y la arbitrariedad. Acusado de corromper a la juventud con enseñanzas nefarias, fue obligado a tomar la venenífera cicuta.

En este desfile de los más ilustres pensadores griegos se nos presenta **Platón**. Para él la desigualdad natural de los hombres era una justificación de la existencia y validez de las clases sociales. La esencia de la *justicia* está en la no interferencia de los unos en las ocupaciones de los otros, refiriéndose a los integrantes de las clases sociales en que divide a la sociedad. Cada hombre debe practicar aquello para lo cual lo dotó la naturaleza: "*realizar su propia función podría ser, en cierto modo, la justicia*", dijo en su libro "*República*".

Para **Aristóteles** (384-322 a. J.C.) la *justicia* impone el tratamiento igual entre los iguales. Lo dice en su "*Política*". Así el asunto, todos los bienes deben ser

distribuidos entre los ciudadanos teniendo en cuenta sus méritos, siempre en forma proporcional. El derecho debe cuidar este reparto evitando cualquier violación. Esta doble función corresponde a la *justicia*, la cual origina su bifurcación en *justicia distributiva* o *proporcional* y *justicia rectificadora, conmutativa* o *correctiva*, aunque no sea esta la verdadera denominación aristotélica y mucho menos su pluralidad de nombres. En la primera se logra una igualdad relativa, proporcionada, que consiste en asignar a los ciudadanos derechos públicos y privados conforme con el principio de la igualdad, pues deben darse cosas iguales a los ídem y cosas desiguales a los de su misma categoría. Esta misma justicia también es llamada *proporcional*. Su dación corresponde al legislador. La segunda especie de *justicia* en esta clasificación aristotélica, o sea la de *justicia retributiva, conmutativa, rectificadora* o *correctiva*, es administrada por el juez. Su función en este caso es, pues, garantizar la distribución concedida por el legislador. "Si un miembro de la comunidad ha invalidado los derechos o la propiedad de otro, la justicia retributiva restaura el **status quo** devolviendo al perjudicado lo que le pertenecía o compensándole su pérdida"(2). Tiene un carácter sinalagmático, reguladora de las relaciones de cambio. Para este omnipresente escultor de la filosofía, la *justicia* es una especie de proporción, un término medio entre el exceso y el defecto, lo cual se tradujo en un formidable aporte a la Teoría General del Derecho. Aristóteles nos dejó muchas obras, entre las cuales debemos considerar "La Política", "Ética a Nicómaco", "Gran ética", "Constitución de los atenienses", etcétera.

El profesor Bodenheimer nos advierte que "una comparación entre los ideales de justicia platónico y aristotélico nos revela que, teóricamente al menos, la justicia puede ser realizada de dos modos distintos. Puede ser impartida mediante el poder o mediante el derecho"(3).

**1.2.- La equidad.-** Vendimiando en los embriagantes viñedos de la Mitología griega, recordemos que la equidad se gestó en medio de las ráfagas balsámicas de las intimidades de la diosa Temis, como consecuencia de los afanes libidinosos del todopoderoso Zeus. Esta hermana trilliza de la ley y de la paz fue comparada por el maestro de Estagira con lo que en arquitectura se llama *carcha*, que es una regla delgada y flexible de madera o de otro material adecuada que sirve para medir superficies cóncavas o convexas. Tal es la *regla lesbia*, apta para acomodarse a todos los objetos medibles, cualquiera sea su forma, como la **equidad** "en esa continua adaptación de la ley a la infinita variedad de los problemas prácticos que la vida plantea, (en) que un juez ha de tener siempre presente, y sin la cual la aplicación rígida del derecho podría conducir en hipótesis concretas a soluciones injustas, según el viejo adagio **summum ius, summa injuria**", como afirma Ángel Latorre, quien agrega que "conciliar la vinculación a la ley con la equidad al juzgar el caso concreto, encontrar el equilibrio entre la seguridad y la justicia", respetar el derecho establecido, pero aplicarlo con sentido humano y a conciencia de lo que de único e irrepetible tiene todo problema individual, constituye la servidumbre y la grandeza de los jueces"(4).

Concluimos, pues, que para Aristóteles la labor de la **equidad** es correctiva, en el sentido de exculpar las imperfecciones de la generalidad de las leyes. Para él, lo equitativo y lo justo son una misma cosa, ambos son buenos, pero aunque lo equitativo es mejor, siendo justo no es lo justo legal, sino una "*dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales... Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido*", dice en su "*Ética a Nicómaco*" el que fuera preceptor de uno de los más grandes conquistadores de todos los tiempos.

Julien Bonnetcase explica que "*el derecho puede encontrarse en contradicción con la ley, y es por eso por lo que algunos autores estiman que, en esta hipótesis, el derecho no es otra cosa que la noción de equidad, puesto que no quieren separar el derecho de la ley. Para otros autores, la noción de equidad sería la noción de justicia, pero de ahí surge una confusión terminológica inadmisibles. La noción de equidad reviste un carácter esencialmente vago. Si queremos poner de relieve el alcance que le atribuyen sus partidarios, nos daremos cuenta de que no es otra cosa que la concepción subjetiva que cada uno tiene del derecho y de la justicia. Es ni más ni menos la noción de derecho considerada al través del romanticismo jurídico; es la noción de derecho reducida a un puro sentimiento, y desde luego tan variable, aún en su fundamento, como lo son los móviles individuales y las circunstancias*"(5).

Para Luis Recasens Siches la *equidad* no es un correctivo, pues su problema no es el de corregir la ley al aplicarla a ciertos particulares, sino el de "interpretarla razonablemente". Esta opinión del ilustre tratadista español parece ser de la misma que se desprende de la concepción académica de **epiqueya**, en el sentido de ser la interpretación moderada y prudente de la ley, según las circunstancias de tiempo, lugar y persona.

El profesor Ramón Badenes Gasset, docente de la Universidad de Barcelona en España, discurre sobre la *equidad* en forma tan sencilla y disertada que no resistimos transcribir lo siguiente como complemento del párrafo precedente: "*Etimológicamente, la palabra equidad procede de la latina 'aequitas', implicando la idea de rectitud y de justicia; y en una segunda acepción, significa moderación, corrección, benignidad, piedad*".

"*La doctrina científica más autorizada y dominante entiende por equidad el criterio de adaptación de la norma jurídica a los casos concretos, que tiende a evitar que una norma abstractamente justa puede resultar injusta en un caso determinado, por las especiales circunstancias de hecho que en el mismo concurren*".

"*Será, pues, oficio de la equidad el tener en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto, y no aplicar en su rigidez la norma general. En este sentido, se*

dice gráficamente que la equidad es una especie de justicia: la justicia del caso concreto".

"Pero la justicia tiene por carácter la abstracción y generalidad, mientras la equidad descansa sobre la individualidad y especialidad de la relación, variable y flexible en cada caso, animada por los motivos éticos más diversos".

"Si la equidad desde un punto de vista es una exigencia de carácter ético y puede conducir a resultados beneficiosos para el orden jurídico (ya que 'summun jus, summa injuria'), desde otro presenta graves inconvenientes, pues pone a merced de los sentimientos subjetivos del juez la aplicación de la norma y consiguientemente la seguridad del derecho. Se explica que en las legislaciones incipientes, de principios rígidos y formalistas, pudiese la equidad llenar una importantísima función (como la que desempeñó en Roma la 'aequitas pretoria'). Mas en las legislaciones maduras, de principios espiritualistas y flexibles, hay escaso sitio para ella".

"Sería ideal un derecho que no dejase puesto a una interpretación equitativa, estados un derecho, que, siendo intrínsecamente equitativo, no necesitase en los casos prácticos del auxilio de quien está llamado a aplicar el derecho"(6).

Para terminar, señalamos que en Colombia solo es posible fallar en equidad si los negocios de que se trate "**versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y sean capaces, o la ley lo autoriza**" conforme lo dispone el numeral 1º del Artículo 38 del Código de Procedimiento Civil. Hay que tener en cuenta, además, lo que por su parte dispone el Artículo 8º de la Ley 153 de 1887. "**Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho**".

Un caso especial en nuestro país, autorizado expresamente por la Ley 497 de 1999, es el de los jueces de paz, que siempre deben fallar en equidad. Ellos tienen que seguir esos "juicios de equidad" que en palabras del profesor Norberto Bobbio son "*aquellos en los cuales el juez está autorizado para resolver una controversia sin recurrir a una norma legal preestablecida*", y que pueden definirse "*como la autorización que tiene el juez para producir derecho más allá de todo límite material impuesto por las normas superiores...*"(7).

**1.3.- La seguridad.-** En nuestra materia la *seguridad* es la firmeza y estabilidad conferida a las relaciones jurídicas nacidas bajo su protección. Por otra parte, también es el estado que se deduce de la misma existencia del derecho, derecho objetivo, obviamente.

Aquí nos seguiremos refiriendo a este aspecto, es decir, a la *seguridad* de la existencia del derecho, la cual requiere de varias condiciones para que pueda dar la protección a la que nos hemos referido, tales como que el derecho sea el promulgado debidamente por el Estado, es decir, que se trate de derecho positivo; que este derecho se apoye en hechos claros y concisos que no permitan

evasiones ni peligrosas y falsas interpretaciones; que, como tal, sea un derecho que pueda probarse fácilmente y, en fin, que se trate de un derecho estable sin esos cambios asiduos y ligeros propios de los estados desorganizados.

Basta por agregar que el valor jurídico *seguridad* es algo así como un faro indicador de muchos lugares de llegada de algunos principios generales, tales como la inexistencia de conductas punibles y penas cuando no haya ley expresa y vigente que las establezca, la irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada, la presunción de inocencia, el debido proceso, el habeas corpus y el reconocimiento y protección de los derechos en todas sus generaciones.

**1.4.- El bien común.- El derecho a la libertad.-** Aunque este tema también constituyó preocupación platónica, fue Aristóteles quien en su 'Política' señaló que la sociedad debidamente organizada en un estado debe y más claramente tiene que dar a cada uno de sus miembros completos bienestar y felicidad como ciudadanos. Este concepto ha cabalgado sobre el lomo de los siglos y hoy los autores modernos siguen sosteniendo lo mismo, llegando a confundir el *bien común* con el *bienestar social*.

Pero realmente, sólo cuando acoge la independencia y triunfo de la voluntad propia sobre la coacción, la facultad de elección y la determinación propia; cuando permite hacer buena e íntegramente lo que la ley no prohíbe; cuando 'es la condición y el elemento formativo para la realización de un máximo de justicia social y felicidad humana' el *bien común* se engrandece y purifica en la *LIBERTAD*.

Y es que cuando de la felicidad del individuo se trata, tenemos que buscar la *libertad* pues, como es de unánime aceptación, sólo en ella se encuentra sin manchas ni reducciones la dignidad del hombre. Este nace libre como lo afirmó Juan Jacobo Rousseau, y es el derecho el encargado de garantizar y conservar el ejercicio de los derechos individuales. Por esto, precisamente, todos los hombres, sin excepción, tienen derechos iguales, o sea que *libertad e igualdad* aparecen como hermanas siameses en todos los escenarios instalados por las organizaciones estatales. Sus limitaciones únicamente pueden proceder de la ley. Precisamente Orlando Greco en su '*Diccionario de Sociología*' nos dice que "*la actividad humana es capaz de obrar en libertad, pero no en una libertad absoluta, sino en aquella que tiene límites móviles que se despalazan según los códigos, las costumbres y las normas sociales*".

La *libertad* también podría tener su escaño en los *conceptos jurídicos cardinales*, o *fundamentales* como comúnmente se les denomina, pero nosotros seguimos a don Miguel de Unamuno: "*La libertad es un bien común y, mientras no participen todos en ella, no serán libres los que se creen tales*". Como tampoco, al pensar cómo el despotismo, la tiranía, la organización social despedazada, la ambición hambrienta, el sectarismo sordo, hicieron exclamar adolorida pero valiente, en el filo de la muerte, a Jeanne Roland: "*¡Oh libertad! ¡Cuántos crímenes se cometen en tu nombre!*".



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Ob. Cit., pág. 111.
- (2) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit., páginas 57/8.
- (3) BODENHEIMER, Edgar. Ob. Cit., pág. 58.
- (4) LATORRE, Ángel. Ob. Cit., páginas 105/106.
- (5) BONNECASE, Julien. Ob. Cit., pág. 5.
- (6) BADENES GASSET, Ramón. Ob. Cit., páginas 9/10.
- (7) BOBBIO, Norberto. Ob. Cit., pág. 167.





## CAPÍTULO X

# *La técnica jurídica*

**1.- Jurisprudencia técnica.**- Debemos realizar una previa incursión por el tema de la Jurisprudencia Técnica, que “tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época determinada y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación”(1).

El estudio de la jurisprudencia técnica se dirige a la sistematización de las reglas que estructuran un ordenamiento jurídico y al cómo se pueden resolver las dificultades y apuros que puedan surgir al ser aplicadas. Se diferencia de la filosofía jurídica en que para ésta el orden jurídico es “una congerie de pretensiones cuya justificación depende del sentido que encierran y los valores que realicen”, mientras que para la jurisprudencia técnica “es un conjunto de reglas cuyo valor no se discute”.

**Las ramas de la jurisprudencia técnica** se unifican como **sistemática jurídica** y **técnica jurídica**, llamada también **doctrina de la aplicación del derecho**. La primera es tema específico de la Filosofía del Derecho; la segunda es de nuestra incumbencia y consiste en “el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente”. Quizás –y quizá un quizás definitivo– la definición queda completa diciendo que la técnica jurídica es el arte de la aplicación del derecho objetivo a casos concretos, teniendo en cuenta las cinco ramas en que esa aplicación puede manifestarse: **1ª. Determinación de la vigencia;** **2ª. Interpretación;** **3ª. Integración;** **4ª. Retroactividad** y **5ª. Conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo**, que se explican así:

**1.1. Determinación de la vigencia de la ley.-** La Constitución Política colombiana dispone en su artículo 157 que *"ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes: 1. haber sido publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva. 2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones permanentes de ambas Cámaras. 3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. 4. Haber obtenido la sanción del gobierno"*. La sanción de que aquí se trata es la constitucional a la que se refiere el Artículo 7º. del Código Civil.

El Artículo 165 de la Constitución reafirma este mandato del numeral 4 al establecer que *"aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. Si éste no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley; si lo objetare, lo devolverá a la Cámara en que tuvo origen"*. Por su parte, el Artículo 168 dispone que *"si el Presidente no cumpliere el deber de sancionar las leyes en los términos y según las condiciones que la Constitución establece, las sancionará y promulgará el Presidente del Congreso"*.

Así las cosas, en una ley que hay que distinguir entre el momento de la *sanción gubernamental* que pone fin a su formación y el otro momento de la *promulgación* de la misma, el cual se refiere a la publicación del contenido. En nuestra legislación se emplean indistintamente las palabras *promulgación* y *publicación*, por lo que hay quienes sostienen que la primera se produce luego de la *sanción* o *firma*, con la orden de publicación y cumplimiento dada por el Presidente de la República o por el Presidente del Congreso, si el primero, por razones explicadas se niega a ello. La *publicación* es entonces como la presentación de la ley en sociedad, la cual deberá hacerse en el **Diario Oficial**, momento en el cual nace, a su vez, la **presunción de derecho** que se monta sobre el aforismo del **nemo licet ignorare legis**, el cual se aposenta en el Artículo 9º. del Código Civil. De todos modos, en el Artículo 189-10 de la Carta Fundamental, se consagra como función del Presidente de la República la de "promulgar las leyes". Así mismo, el Artículo 165 ibídem, prevé que una vez aprobado el proyecto de Ley por el Congreso, éste pasará al Gobierno para su *sanción* y *promulgación*. La Sentencia C-179 de 1994 de la Corte Constitucional, nos dice con claridad que *"la promulgación no es otra cosa que la publicación de la ley en el Diario Oficial con el fin de poner en conocimiento de los destinatarios de la misma los mandatos que ella contiene"*. Es claro, pues, que mientras no haya sanción y ulterior publicación, las cuales no pueden cumplirse simultáneamente, la ley no produce ningún efecto.

Pero la *publicación* no todas las veces genera la vigencia inmediata de la ley. En primer lugar, se encuentra, en nuestro país, el Artículo 52 de la Ley 4ª. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), que modifica los Artículos 11 y 12 del Código Civil, que la determina para dos meses después de la publicación en el Diario Oficial, si no se establece duracion diferente. El período que transcurre entre la publicación y la entrada en vigencia de la ley es lo que se conoce como

*vacatio legis* (vacación de la ley), fenómeno jurídico que también se presenta, aún contra el criterio de algunos, cuando la ley establezca el día en que deba entrar a regir si no es inmediatamente después de la publicación, o cuando la misma ley establezca o faculte al Gobierno para que determine el día en que deba entrar a regir. Al respecto ha dicho nuestra Corte Constitucional en Sentencia C-084 de 1196: "Ahora bien: si el legislador es llamado a decidir el contenido de la ley, resulta obvio que dentro de la valoración política que debe hacer sobre la conveniencia del específico control que ella propone...se incluya la relativa al señalamiento del momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos, pues sólo a él compete valorar la realidad social, política, económica, etc., para determinar la fecha en que han de entrar a regir las disposiciones que expide".

Ejemplos de lo expuesto los encontramos así: la Ley 640 de 2001 relativa a la conciliación dispuso en su Artículo 50 que su vigencia "un año después de su publicación..."; las leyes 63 de 1993 sobre manejo y aprovechamiento de los depósitos judiciales y 258 de 1996 sobre afectación a vivienda familiar, establecieron su vigencia a partir de su publicación o promulgación, en su orden. Un ejemplo de órdago es el de la Ley 906 de 2004, contentiva del hasta ahora Código de Procedimiento Penal, el cual se fue aplicando sucesivamente en los varios grupos de distritos judiciales del país indicados en su Artículo 530, partiendo desde enero de 2005 hasta enero de 2008. Consideramos, así las cosas, que únicamente cuando no exista una norma como éstas en el texto de la ley, tiene operancia lo dispuesto por el Código de Régimen Político y Municipal.

Cuando se requieran varias, la publicación se consuma en el Diario Oficial en que termina la inserción de la ley (Artículos 11 y 12 del Código Civil).

Finalmente, es fácil concluir que este procedimiento obedece a la más poderosa condición del principio de la *publicidad*, máxime cuando aquélla lleva implícita la presunción ya citada del Artículo 9º. del Código Civil.

**1.2.- Interpretación de la ley.-** *Interpretar* es explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad. Interpretar la ley es revelar el sentido que en ellas está recluso, es decir, su significación y alcance, sea de una palabra o de una frase.

Lo que debe entenderse por **sentido de la ley** o '**la naturaleza de la cosa**', según aquiescencia bastante aceptada, no es otra cosa que tenerla como la voluntad del legislador, lo que éste quiso expresar. *El derecho viene a ser lo que el legislador quiere que sea*. Pero lo que se expresa no es forzosamente lo que se pretendía expresar y por eso 'lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley'. Es esta una interpretación filológica-histórica en la doctrina de Gustav Radbruch, más también nos advierte su presencia la llamada interpretación lógica-sistemática, que no busca la intención del legislador, de carácter subjetivo, sino 'el sentido lógico objetivo de la ley, como expresión del derecho': la ley no es expresión de un querer, sino una formulación del derecho objetivo.

Muchas doctrinas intermedias hierven en el baño-María de las dos interpretaciones señaladas. Se nos enseñan la *legislativa* o *interpretación auténtica*, que es la realizada por el propio legislador y tiene otorgado el carácter obligatorio; la *judicial* o *interpretación idem* o *jurisprudencial*, que es la labor del juez para un caso concreto e impone una obligatoriedad restringida a ese caso; y la tercera, que es la *particular* o *interpretación doctrinal* o *privada*, que es la hecha por los particulares, conlleva un simple valor doctrinal y no obliga absolutamente a nadie.

Además, en cuanto a la señalada interpretación judicial, se le han adjudicado cuatro elementos que actúan con plena independencia, es decir, que no son de forzoso empleo sucesivo y subsidiario. Son ellos el *gramatical*, el *histórico*, el *lógico* y el *sistemático*.

El elemento gramatical indica claramente que las palabras deben tomarse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, como lo dispone el Artículo 28 del Código Civil, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Ejemplos, entre otros muchos del Código Civil, los hallamos en los Artículos 35 sobre parentesco por consanguinidad, 61 sobre parentesco, 74 sobre lo que son las personas, 110 sobre esponsales, 236 sobre hijos legitimados, 666 sobre derechos personales, 774-3 sobre posesión clandestina 880 sobre el predio sirviente, y aproximadamente ciento cincuenta ejemplos en el mismo texto legal.

El elemento histórico hace relación a las condiciones sociales, las tendencias políticas y económicas, inclusive el objeto y estructura de las fuerzas modeladoras del derecho en el momento en que la ley estudiada es sometida a interpretación. El elemento lógico se refiere a la unidad conceptual y de criterio de la ley. "La regla o método de interpretación lógica sobreviene cuando el intérprete se atiene al sentido de la Ley, deducido del contexto, origen y fin de la norma, esto es: en su sentido práctico, puesto que el Derecho se encuentra al servicio de la vida, individual y social, y su interpretación exige la forma en que pueda cumplir tales fines (la interpretación debe ser fiel a la protección de los derechos e intereses de la sociedad como razón y fin del Derecho) ... La jurisprudencia debe adecuar la Ley a las transformaciones económicas, políticas y sociales que experimenta la sociedad"(2).

La interpretación sistemática, también escribe Cañón Ramírez, "consiste...en entender la norma acudiendo y teniendo en cuenta tanto los principios que la infunden como la armonía o relación que tiene con las demás normas y con la totalidad del sistema jurídico".

Pero esta labor hermenéutica no se estanca en los preceptos legales de general observancia, sino que también se extiende a normas individualizadas como acontece en la interpretación de los contratos, los testamentos y las resoluciones administrativas. "*Interpretar un contrato es inquirir la significación o sentido de sus cláusulas, con el propósito de descubrir la norma contractual. Lo mismo que*

en el caso de las leyes, en el de los contratos, los testamentos, resoluciones administrativas, etc., hay que distinguir la expresión de la norma y la norma expresada. La diferencia consiste en que en el caso de la ley la norma expresada es general y abstracta, mientras que, en el otro, se tratan de normas que obligan a personas individualmente determinadas”(3).

**1.2.1.- Escuelas de interpretación.-** La **hermenéutica**, como teoría de la interpretación, nos abre varios caminos con las diferentes escuelas que se ocupan de la labor de explicar o declarar el sentido de la ley. Entre estas escuelas encontramos dos que nos señalan derroteros diferentes. Son ellas la *Escuela de la Exégesis* y la *Escuela Científica*.

En la Escuela de la Exégesis la característica principal es el culto del texto de la ley, pues lo que se busca primordialmente en el proceso de interpretación es la intención del legislador. Las decisiones jurídicas tienen por abrevadero exclusivo los veneros de la ley. Las autoridades y los precedentes son respetados sin condiciones.

Muchas veces la tarea hermenéutica no presenta dificultad alguna por la claridad del texto legal. Entonces se hace uso de la interpretación gramatical, en la que no es 'lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu'. Pero otras veces el dragomán se encuentra con expresiones oscuras o incompletas y le es forzoso acudir a la interpretación lógica, en la que se busca descubrir y evocar el espíritu de la ley "para controlar, completar, restringir o extender su letra", según la expresión de Rodolfo von Ihering.

Es posible que los medios auxiliares de la interpretación lógica (trabajos preparatorios, exposiciones de motivos, discusiones congresales, análisis de la tradición histórica y costumbres, etc) resulten insuficientes, por lo cual habría necesidad de acudir a los procedimientos indirectos como serían, en este caso, la equidad y los principios generales del derecho, ya estudiados. Mas, en esta labor de interpretación, en ocasiones el intérprete se encuentra con grandes vacíos. Es decir, con casos no previstos. Juegan, entonces, los argumentos a contrario, a pari, a majori, ad minus y a minori ad majus. Sobre estos argumentos García Máynez explica lo siguiente: "Argumento a contrario.- Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria... Argumenta a pari, a majori ad minus, a minori ad majus.- Estos argumentos constituyen, en su conjunto y combinación, lo que se llama razonamiento de analogía. Los argumentos de esta índole se basan (sic) en la idea de que todos en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma (ubi eadem ratio, idem ius). Para que la aplicación del razonamiento sea correcta, no basta la simple semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley; requiérese asimismo que la razón en que la regla se inspira, exista igualmente en relación con el caso imprevisto. // Lo que puede justificar la aplicación por analogía es, pues, 'la identidad jurídica

sustancial'. La aplicación se realiza bien porque existe igualdad o paridad de motivos (argumento a pari), bien porque hay una mayor razón (argumento a majori ad minus). "Todos estos argumentos son aplicaciones diferentes del mismo procedimiento científico, y suponen siempre el análisis profundo de las disposiciones de la ley, con vistas al descubrimiento de la razón fundamental que la ha inspirado (ratio juris). Descubierta la ratio juris, la aplicación extensiva es posible, a menos de que la disposición legal consagre una excepción (exceptio est strictissimae interpretationes) (Gény)". // En los casos señalados presúmese siempre la existencia de una voluntad legislativa. "Cuando nos permitimos extender por analogía una fórmula legal a casos no previstos en ella, lo hacemos convencidos de que el legislador habría querido lógicamente la solución, si hubiera podido conocer la misma hipótesis (Gény)"(4).

La reacción contra la Escuela de la Exégesis estuvo representada en la Escuela Científica o "Teoría de la libre investigación científica", patrocinada por Francisco Gény. En ella se resalta un método libre para llegar a las fuentes del derecho, sean ellas formales o reales. Estas últimas, que son fuerzas modeladoras del derecho, están constituidas, "por un elemento racional que es la noción del derecho y un elemento experimental que es la aspiración a la armonía colectiva que existe en el medio social"(5).

Para la Escuela Científica la interpretación procede cuando el sentido de la ley y del texto están hundidos en alguna hesitación. "En ella se consideran el precepto y el fin social de la ley, siempre que junto al texto –fuente formal de la ley– esté la ciencia del derecho, fuente real de la ley", continúa el profesor Ducci Claro(6).

Otras escuelas también izaron banderas en este importante campo de la interpretación de la ley. Podemos mencionar la Escuela del Derecho Libre de Germán Kantorowicz, la Doctrina Teleológica de Rodolfo Ihering y la Teoría del Derecho Puro de ese genio de las sumidades jurídicas que es Hans Kelsen.

Kantorowicz nos habla de un derecho libre frente a un derecho estatal, que puede concurrir o no con el primero; la jurisprudencia, agrega, no puede apoyarse exclusivamente en el derecho estatal 'y si la ciencia el derecho posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será nunca mera servidora de la ley'. Esta Escuela de Kantorowicz ha sido acerbamente criticada con el argumento de que destruye la certeza del derecho.

La doctrina Teleológica de Rodolfo Ihering, se dirige a la búsqueda de la finalidad de la ley, ya que el fin es el creador de todo derecho. Como un desarrollo de esta teoría podemos considerar la jurisprudencia de intereses de acuerdo con la cual el intérprete debe decidir el conflicto de intereses, dando preeminencia a los que han sido proferidos por el legislador. Esto lleva a la jurisprudencia de valorización de intereses, que propician muchos autores(7).

La Teoría Pura del Derecho, por último, declara que todo derecho deriva de la voluntad del Estado y además del positivo no hay más derecho. La jurisprudencia



es totalmente ajena a los ideales jurídicos que pertenecen a la moral, la religión o la metafísica. 'El sistema jurídico constituye una pirámide donde las normas de menor jerarquía están condicionadas por las de mayor valor hasta llegar a la Constitución. Cuando por indeterminación de la norma o por no existir una única determinación correcta el juez debe optar, puede hacerlo libremente dentro del margen de posibilidades que le brinda la ley, sin necesidad de recurrir a ningún criterio director'.

**1.3.- Integración. La analogía y otros métodos de interpretación.-** En la función jurisdiccional pueden presentarse vacíos que para rellenarlos es menester aplicar las reglas generales de integración, si existen, o en su defecto, aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica brinda. Esto significa que los jueces no pueden excusarse de juzgar ante estos vacíos que son una realidad en los ordenamientos jurídicos. El Artículo 230 de nuestra Constitución Política les ordena que '*sus providencias, sólo están sometidas al imperio de la ley*' agregando que '*la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*' (sic). Acorde con esta disposición superior, el Código de Procedimiento Civil en el Artículo 37-8 también se expresa disponiendo que entre los poderes del juez está el de '*decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, o en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal*'. Y también la Ley 270 de 1956, de conformidad con las normas precedentes, obliga a los funcionarios a '*resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional*'.

Existe, pues, en nuestra legislación una serie de normas que obligan al funcionario a seguir adelante en su labor jurisdiccional, aún ante la existencia de vacíos legales. Para ello debe recurrir a los métodos de interpretación entre los que podemos mencionar la **analogía**, la **equidad** y los **principios generales del derecho**. El primero de ellos, la analogía, consiste en '*aplicar a un caso no previsto, la disposición concerniente a una situación prevista, cuando entre ésta y aquél hay semejanza y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera*' ("**Ubi eadem est legislatio, ibi eadem est legis dispositio**"). La analogía también es llamada *razonamiento a pari* o a *simili* y ha sido clasificada como *analogía legis* y *analogía juris*, siendo la primera la que más nos interesa por considerarse la verdadera analogía, en donde se pasa de lo particular a lo particular, o sea del caso previsto en la ley al no previsto que es semejante al primero. Esto puede producirse en el mismo texto legal o en otro distinto, caso en el cual aparece la *remisión*.

La analogía juris es el procedimiento mediante el cual del caso particular se asciende a la regla general para volver al caso particular no contemplado. Se pasa de lo particular a lo universal, y de éste nuevamente a lo particular.

La analogía no tiene aposento en el derecho penal precisamente por la radiación que produce el célebre principio de *nulla crimen sine lege*. Sin embargo, cuando un hecho puede ser circunstancia de atenuación punitiva, la analogía sí arroja su influencia aunque el hecho no esté indicado en la ley.

**1.3.1.- La analogía y la integración extensiva.-** La analogía y la interpretación extensiva se diferencian en que “la primera busca la solución del caso en otras normas, sea porque éste no la tenga, sea porque la que tiene no presenta un sentido claro e indubitable a su respecto; la interpretación extensiva en cambio, halla la solución del caso en su norma propia, que no se ve en el cuerpo de ésta pero sí en su espíritu”.

Para establecer la diferencia entre la analogía y la interpretación extensiva se han ideado varios criterios para justificar la distinción, pero el criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con sus efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por ésta. Por ejemplo: se pregunta si el Artículo 1982 del Código Civil colombiano que establece la obligación del arrendador de mantener el bien arrendado en estado de servir el fin a que ha sido arrendado, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza del comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva regla para regular el comodato, que antes no existía. Se pregunta, por el contrario, si el Artículo 1340 del Código de Comercio que define como *corredor* “a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”, se puede hacer extensivo también a quienes “inducen a la conclusión de negocios una vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otro corredor. Si se responde afirmativamente, no se crea una nueva regla, sino simplemente se amplía el alcance de la regla existente. El primer ejemplo es de analogía, el segundo es de interpretación extensiva. Con esta solo se hace redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquella se pasa de una norma a otra. Mientras que es correcto decir que con la interpretación extensiva se extiende el concepto de corredor, no será igualmente correcto decir, en el caso del Artículo 1982 del Código Civil Colombiano, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento. Aquí se agrega a una norma específica otra norma específica, con lo cual nos remontamos a un género común. Allí se agrega una nueva *especie al genus*, previsto por la ley”. (Lo anterior, con la misma literatura, es una adaptación a la legislación colombiana del ejemplo dado por Norberto Bobbio en “Teoría General del Derecho” al tratar el mismo tema ahora abordado por nosotros)(8).

De los principios generales del derecho ya hemos discurrido en el aparte de las fuentes del derecho; sobre la equidad ya lo hicimos en los fines del derecho.



**1.4.- Retroactividad de la ley. Conflicto de leyes en el tiempo.-** En un Estado de Derecho las leyes se sancionan y promulgan para que produzcan efectos en el futuro. Y aunque en nuestra legislación colombiana no hay una norma que así lo exprese, existe, sin embargo, el principio aceptado *némine discrepante* que consagra la *irretroactividad*, es decir, la imposibilidad de que una ley nueva o cualquier disposición obligatoria y general extienda su eficacia hacia atrás para vulnerar las situaciones jurídicas ya nacidas y consumadas bajo el imperio de una ley anterior. Dicho en otras palabras, se proscribía del ordenamiento la *retroactividad legal*.

El desarrollo de este principio da oportunidad para hablar del llamado **conflicto de leyes en el tiempo**, el cual acaece cuando dos leyes sucesivas, una anterior a la otra, son susceptibles para aplicarse a una situación jurídica determinada, cuya solución, en opinión de Marcel Planiol y otros ilustres doctrinantes franceses, sólo es posible encontrar con que junto con la nueva ley se ponga fin o modifiquen los efectos producidos en el pasado por la ley antigua. Es el caso concreto de la retroactividad, iconoclasta que destruye las efigies de los derechos adquiridos, es decir, de "las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley"(9). De esos derechos adquiridos a los cuales se refirió el profesor León Duguit en unas conferencias dictadas en la Universidad de El Cairo en los siguientes términos: "*Llevo más de treinta años enseñando el derecho y todavía no sé lo que es un derecho adquirido*".

Exquisita y sencilla como un yantar doméstico, el profesor Noguera Barreneche nos da la siguiente explicación: "Física y metafísicamente, no hay poder capaz de obrar sobre el verdadero pasado de las cosas: todo efecto es por necesidad futuro con relación a su causa, siendo por tanto imposible la retroactividad en sentido recto, como lo enseñaba ARISTÓTELES en estos términos: "*Dios está privado solamente de una cosa, y es hacer que lo hecho no lo haya sido...*". Ahora bien, al igual que todas las causas, la ley –el mandato del soberano– solamente puede tener por esfera de acción el porvenir, jamás el pasado, porque no se puede obedecer la orden que aún no se ha dado y promulgado..."(10).

En realidad, mucho habría que agregar sobre este tema, pero el hacerlo sobrepasaría el objeto de nuestro estudio. Sin embargo, ello no es óbice para intentar, aunque sea bajo luz relampagueante, traer una reminiscencia de la teoría de las *situaciones jurídicas* expuesta por Julián Bonecasse, con la cual aspiró sustituir la doctrina de los derechos adquiridos.

La *situación jurídica* es la posición en que se encuentra una persona frente a una ley o a una institución jurídica: ella puede ser *abstracta* o *concreta*. Una persona está ante una *situación jurídica abstracta* cuando no se ha cumplido el supuesto jurídico para la adquisición de un derecho; se halla ante la *situación jurídica concreta* cuando se produce el evento progenitor del derecho. El mismo Bonecasse, como ejemplo, trae el caso de una sucesión por causa de muerte: mientras no fenezca una persona, la *situación jurídica* de los que serán causahabientes es abstracta;

muerto el causante, la situación jurídica de los causahabientes se torna concreta porque ya se produjo el acontecimiento para que nazca el derecho de herencia.

Conocida esta noción, es clara la conclusión que la ley nueva no puede devastar las *situaciones jurídicas concretas* porque entonces sus efectos serían retroactivos, lo cual no es posible, pero esa ley nueva sí puede hacer desaparecer las *situaciones jurídicas abstractas* porque éstas se confunden con las "expectativas (derechos adquiridos bajo una condición suspensiva) que nacen de contratos o de la apertura de unas sucesiones testamentarias, y expectativas (meras expectativas) que provienen de la ley o de la voluntad ambulante del hombre"(11).

**1.5.- ¿Excepciones al principio de la retroactividad?**- Generalmente se sostiene que la retroactividad es vulnerable ante dos excepciones; la de las *leyes interpretativas* y la de las *leyes penales permisivas o favorables*. Pero también se sostiene que estas excepciones no existen, por las siguientes razones:

1ª. Las leyes interpretativas son las que tienen por finalidad dilucidar las dudas surgidas por oscuridad o insuficiencia de otras leyes. Ellas, conforme con nuestra legislación (Artículo 14 del Código Civil), se entienden incorporadas a las que mejoran, pero sin menoscabar los efectos de las sentencias ejecutorias en el tiempo transcurrido entre las dos leyes, ni afectar las transacciones realizadas en el mismo lapso (Artículo 2483 del Código Civil).

Pero como se dijo anteriormente, para que se pueda hablar de retroactividad es condición *sine qua non* que exista un conflicto entre dos leyes sucesivas y la verdad es que en el caso de la ley interpretativa lo que hay es una incorporación de ésta en la interpretada para iluminarla y hacerla viable conforme con la intención legislativa.

No puede decirse que el conflicto existe en los demás actos diferentes de las sentencias ejecutoriadas y de las transacciones, las cuales sí son devastadas por la ley interpretativa. Pero la ruina de estos otros actos se produce es porque ellos, surgidos contra la ley, jamás generaron derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas.

2ª. El Artículo 29-3 de la Constitución Política nos enseña que "*en materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*". Anteriormente, desde 1887, la Ley 153 en su Artículo 44 tiene consagrado el mismo principio. "Pero tampoco hay aquí la excepción que se pretende. Es cierto que tales leyes obran hacia el pasado. Esto no se remite a dudas. Pero al obrar sobre el pasado no están destruyendo derechos adquiridos, y, por tanto, no puede hablarse de retroactividad. La ley será retrospectiva pero no retroactiva"(12).

Las especulaciones que brotan de los planteamientos anteriores pueden trasladarse a los casos de la ley procesal de efectos sustanciales y de las leyes intermedias, temporales y excepcionales.

La ley procesal de efectos sustanciales es aquella que confiere derechos sustanciales o subjetivos para algún sujeto procesal. Ejemplo concreto es el de la persona que se encuentra encarcelada por determinado delito y la ley nueva establece la excarcelación para ese mismo delito: la libertad del imputado se impone. Otro ejemplo es el de las medidas de aseguramiento, cuando la ley nueva elimina la detención para cierto delito en la etapa investigativa: el imputado que se encuentre detenido como consecuencia de ese delito, debe ser puesto en libertad.

En el mismo derecho penal se encuentran casos interesantes en las llamadas *leyes intermedias, temporales y excepcionales*. Un añoso auto de mayo 10 1982, proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dilucida así estas actuaciones: "Doctrina y jurisprudencia han reconocido también que se impone el criterio de la favorabilidad precedente en tratándose de leyes intermedias, es decir, de normas cuya existencia jurídica comenzó después del hecho pero que ya no regían (por derogatoria expresa o tácita de otra nueva ley) cuando debía resolverse la situación jurídica creada por aquel hecho.

"En tratándose de leyes temporales –que se diferencian de las intermedias porque su vida está ya delimitada en el tiempo de manera expresa o tácita desde que entraron a regir y porque apenas suspenden la vigencia de aquellas normas que le sean contrarias mientras dura su precaria existencia– ha de reconocerse que cuando consagran soluciones más favorables que las previstas en la ley anterior o en la que regirá después de su fenecimiento, es razonable y justo que sus benéficos efectos se extiendan tanto retroactiva como ultraactivamente, pues de esa manera cumple cabalmente la finalidad para la que fueron creadas y permanece incólume el apotegma constitucional del Artículo 26, inciso 2º. de la Constitución Nacional de 1886 (Artículo 29, inciso 3º. de la Constitución de 1991).

"En cuanto a las leyes excepcionales –entendiéndose por tales las que se expiden para solucionar situaciones extraordinarias y de precaria aunque no definida duración– que consagran medidas de favorabilidad respecto de leyes ordinarias cuya vigencia queda restablecida al extinguirse aquellas por la desaparición del fenómeno excepcional que las engendró, resulta igualmente viable y legítima tanto su retroactividad como su ultraactiva aplicación, pues que mediante ellas se resuelven, como tales leyes lo han querido, situaciones jurídicas que existían antes de que entraran a regir o que nacieron durante su vigencia, lo que no contraría sino que se acomoda al teleológico sentido del ya citado Artículo 26, inciso 2º. de nuestra Carta Fundamental".

**1.6.- Supervivencia de la ley.-** Con criterio reluctante a lo tratado anteriormente, se presenta el evento de que no obstante la ley nueva, la antigua continúa rigiendo la situación jurídica concreta nacida bajo su imperio. Es lo que conocemos como *supervivencia de la ley*.

Entre *supervivencia* y *retroactividad* se produce uno de esos fenómenos que los geómetras llaman asintóticos: en cuanto a las situaciones jurídicas concretas (o derechos adquiridos) ocurridas, lo dispuesto por la ley antigua abrogada o

derogada sigue produciendo efectos, mientras que la ley nueva rige exclusivamente para el futuro las situaciones jurídicas concretas (o derechos adquiridos) que se vayan produciendo a partir de su vigencia. Los efectos de ambas leyes coexisten y marchan paralelamente sin que haya encuentro alguno. Así, por ejemplo, lo que dispone el Artículo 24 de la Ley 153 de 1887: *"los hijos declarados legítimos bajo el imperio de una Ley, no perderán su carácter por virtud de la ley posterior"*; o el 26 de la misma ley *"el que bajo el imperio de una ley tenga la administración de bienes ajenos, o el que ejerza válidamente el cargo de guardador, conservará el título que adquirió antes, aunque una ley nueva exija, su adquisición, nuevas condiciones, pero el ejercicio de funciones, remuneración que corresponde al guardador, incapacidades y excusas supervinientes, se regirán por la nueva ley"*; o en el 38 *ibidem*: *"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1º. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y 2º. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido"*.

Así las cosas, "dos leyes contrarias –la antigua y la nueva– rigen, aunque en abierta pugna, una misma clase de relaciones jurídicas, si bien no unas mismas relaciones concretas, y preciso será por tanto concluir que la ley abrogada solamente lo ha sido para los casos subsiguientes a su derogación y sin fundamento legal anterior que los haga lo bastante robustos para que la muerte los respete..."

**1.7.- Ultraactividad.-** Existe un caso de corta supervivencia en materia procesal que es el que conocemos como **ultraactividad**. El Artículo 40 de la Ley 153 de 1887 lo establece así: *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"*. La parte in fine de este artículo consagra la ultraactividad, más detalladamente señalada en el Artículo 699 del Código de Procedimiento Civil *"...En los procesos iniciados antes (de la ley procesal nueva), los recursos interpuestos, las prácticas de las pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación"*.

De la **ultraactividad** puede decirse, pues, que es un fenómeno procesal mediante el cual una ley que ha dejado de regir continúa gobernando actos que han empezado a cumplirse o surtirse durante su vigencia, pero sólo hasta cuando acaban de cumplirse o surtirse.

**1.8.- Efectos de la Ley.- Abrogación, derogación, subrogación, modificación.-** Ha quedado claro que la Ley obliga es a partir de su publicación porque es precisamente desde ese momento en que empiezan a manifestarse los efectos pretendidos por el legislador y a sentirse la pétrea presunción de conocimiento

que allí se hospeda. Pero hay otros momentos cruciales de la existencia normativa, la *abrogación* por ejemplo, que es la abolición, la revocación total y absoluta de la Ley, algo así como el cadalso de la misma. Con ella la Ley deja de existir, muere para el ordenamiento jurídico. Si por cualquier circunstancia son necesarias nuevamente las disposiciones de esa Ley, se necesitará un nuevo soplo bíblico que produzca su gestación, o sea, se requerirá de una nueva Ley. Es la *insubsistencia* a que se refiere el Artículo 3º. de la Ley 153 de 1887: "*Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería*".

La *derogación* es algo parecido, pero de resultados parciales, es mutilar la Ley, quitarle una parte, pero sin agregarle prótesis alguna, pues si esto último acontece resulta una *subrogación*. Por uso inveterado, en nuestra legislación *abrogación*, *subrogación* y *derogación* se confunden y aparecen fusionadas en la última de las nombradas.

En la *modificación* lo que sucede es un cambio de requisitos, como sucedió al establecer la mayoría de edad en 18 años, siendo que anteriormente ese período de vida se iniciaba después de haber cumplido los 21 años. También cuando se establece una determinada cuantía como valor *disputado* para recurrir en casación, reemplazando a otro valor ya establecido.

En conclusión, sólo el legislador puede provocar los fenómenos anotados. Los particulares únicamente están facultados para renunciar a los derechos que las leyes les conceden, cuando esos derechos solo miren a sus intereses particulares.

También vale la pena tener en cuenta que el desuso de una Ley no implica derogación alguna, caso que sí se ocasiona en las leyes temporales, las cuales se extinguen con el cumplimiento del plazo de ellas mismas dado lo mismo que una Ley dictada para cumplir con una necesidad predeterminada pierde su vigencia una vez satisfecha esa necesidad.

**2.- Conflicto de leyes en el espacio.**- En los últimos años este título se ha querido reemplazar por el de **Problemas sobre la autoridad extraterritorialidad de la ley**, siguiendo la novedosa expresión de Pascual Fiore. La ley se aplica a todas las personas que se encuentran en el territorio de un determinado país, sin consideración, si se trata de extranjeros, a la nacionalidad, ni al sexo, ni a la edad, ni al estado civil, ni, lógicamente, a las diferencias que existen con respecto a las leyes de su país de origen. Claro está que en estos casos sí hay que tener en cuenta, si existen, los tratados celebrados con el país de donde es oriunda la persona cuyo acto compromete su conducta y, sobre todo, si se encuentra gozando de inmunidad diplomática.

Ante el problema suscitado por los conflictos de leyes en el espacio, inicialmente tres tipos de solución surgieron en la palestra doctrinaria: 1ª. *El principio de la*

*territorialidad absoluta; 2ª. El principio de la extraterritorialidad absoluta; 3ª. El principio mixto, que combinó a los dos anteriores.*

Para el principio de la territorialidad absoluta las leyes de cada Estado deben aplicarse exclusivamente dentro de su territorio, no importa si se trata de nacionales o extranjeros, de residentes o transeúntes. Lógicamente, la aplicación de este inveterado principio evitaría los problemas originados por la pugna con leyes forasteras, aun en el remoto caso de que fuera viable. Por eso los juristas desde tiempos medioevales optaron por la que se llamó **Escuela de los Comentaristas**, o **Postglosadores**, de donde nació la *teoría de los estatutos*. En Italia fue donde apareció en el siglo XIII con la clara pretensión de elaborar un derecho común, considerando que '*estatuto*' y '*ley*' tenían un mismo y único significado. Ella siguió la clasificación ideada por Bártolo para resolver el problema de la vigencia especial del derecho extranjero, ofreciendo la distinción entre leyes relativas a las cosas o **circa rem**, leyes correspondientes a las personas o **circa personam** y leyes concernientes a la forma de los actos. Se configura así la *teoría de los estatutos personales, reales y mixtos*. Los estatutos personales siguen el mismo sendero del sujeto y son extraterritoriales; en cambio la vigencia de los reales solo son ostensibles y tienen vigencia en cada Estado. Los que hacen relación a la forma de los actos jurídicos se rigen por el principio de la territorialidad. Sin embargo, para la Escuela Francesa, que se conoció en el siglo XVI a impulsos del francés Bertrand D' Argentré, promovió la idea de que todos los estatutos son reales '*siendo la extraterritorialidad una excepción impuesta por las exigencias del comercio jurídico internacional*'.

Esta doctrina francesa fue impulsada por algunos tratadistas holandeses que dieron pábulo a lo que se conoce con el nombre de doctrina de la cortesía internacional, cuyos representantes más conocidos resultaron ser Pablo y Juan Voet y Ulrich Huber.

La *doctrina de la cortesía internacional* deja a un lado los deberes jurídicos para indicarle a los jueces que ellos 'no están jurídicamente obligados a observar las leyes extranjeras, pues esto es contrario a la independencia de los estados. Si conviene, no obstante, aplicar en cierta medida las leyes extranjeras, es solo por *cortesía internacional*. Esta cortesía tiene por único fundamento el interés bien entendido de cada Estado. Se aplicarán las leyes extranjeras para obtener también la aplicación de las propias en el extranjero. Con el fin de obtener una reciprocidad deseable, se procederá cortésmente en la medida en que se considere que necesitamos de los demás', ha explicado Niboyet en su tratado de *Derecho Internacional Privado*.

Últimamente se ha conocido la doctrina del francés A. Pillet, para quien el derecho internacional privado debe tener como fundamento el *respeto de las soberanías*, que encuentra su razón de ser en normas jurídicas obligatorias para los estados y no en la mera cortesía internacional.



**2.1.- El Exequátur.-** Esta expresión debe su origen y significación etimológica al vocablo latino *'exequatúr'*, que quiere decir *'ejecutar'* o *'poner en ejecución las órdenes de otro'* en principio superiores. En la legislación procesal colombiana significa la providencia judicial que hace posible o autoriza la ejecución de los fallos proferidos en un país extranjero. Más claramente, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en septiembre 18 de 2007, las sentencias y los laudos arbitrales proferidos en el extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, *'tendrán en Colombia la fuerza que los tratados vigentes con el país de origen (reciprocidad diplomática) o, en su defecto la que allí se reconozca a los dictados en el territorio nacional (reciprocidad legislativa)'*, siempre y cuando la solicitud cumpla con los siguientes requisitos señalados por el Artículo 694 de nuestro Código de Procedimiento Civil: **"1.** Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.- **2.** Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuando las de procedimiento.- **3.** Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.- **4.** Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.- **5.** Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.- **6.** Que si se hubiera dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoría.- **7.** Que se cumpla el requisito del **exequátur"**.

Finalmente, precisamos los conceptos de las mencionadas reciprocidades aprovechando los términos consignados en Sentencia dictada en septiembre 25 de 1996 por nuestra Corte Suprema de Justicia:

*"La reciprocidad diplomática tiene lugar cuando entre Colombia y el país de donde proviene la decisión judicial objeto del exequátur se ha suscrito tratado público que permita igual tratamiento en este Estado extranjero a las sentencias emitidas por jueces colombianos, de manera que como contraprestación a la fuerza que éstas tengan en aquél, las suyas vinculen en nuestro territorio.*

*"La reciprocidad legislativa toma asiento, por su parte, al reconocérsele efectos jurídicos a las sentencias de los jueces colombianos por la legislación del país de donde proviene la decisión materia del exequátur, pues igual fuerza vinculante tendrán las decisiones de sus jueces en el Territorio nacional, siendo entendido que esta forma de reciprocidad puede ser a su vez basada en textos legales escritos o en la práctica jurisprudencial imperante en el país de origen del fallo objeto de exequátur".*

*"La actividad del actor del exequátur debe estar orientada, pues a demostrar la existencia de la reciprocidad diplomática o, en su defecto, de la legislativa, de conformidad con lo establecido por el Artículo 127 del Estatuto Procedimental Civil que impone a las partes **'probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen'**..."*





## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., pág. 124.
- (2) CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Ob. Cit., pág. 229.
- (3) GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Ob. Cit., pág. 331.
- (4) GENY, Francisco, citado por García Máynez, Eduardo. Ob. Cit., pág. 336.
- (5) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 105.
- (6) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 105/6.
- (7) BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Temis. Bogotá, 1997, pág. 238.
- (8) NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Ob. Cit., páginas 30/31.
- (9) NOGUERA BARRENECHE, Rodrigo. Ob. Cit.
- (10) ———. Ob. Cit.
- (11) ———. Ob. Cit.
- (12) ———. Ob. Cit.



## CAPÍTULO XI

# *El acto jurídico*

**1.- Hechos materiales y hechos jurídicos.-** Hecho, en términos generales, es todo lo que sucede, todo lo que acontece con la posibilidad de engendrar consecuencias jurídicas, o simplemente no producirlas. En este último acontecimiento encontramos los *hechos materiales*, que son aquellos que no tienen ninguna consecuencia jurídica, son estériles para el derecho, como lustrar los zapatos, desconectar el televisor, limpiar un espejo, &. Pero también hallamos o producimos acontecimientos que se asoman y llegan a la vida acrisolados por el derecho, como son los *hechos jurídicos*, los cuales dan lugar a la adquisición, pérdida o modificación de un derecho.

Estos *hechos jurídicos* pueden ser *naturales* o *humanos*. Los primeros, como el nacimiento, la enfermedad, la muerte, el avance irremediable del tiempo, &, no se avienen a ninguna clasificación en donde se posesionen la licitud o la ilicitud, ni tampoco están sometidos a las reglas jurídicas de la voluntad o de la capacidad. En vivaques separados están los *hechos jurídicos humanos*, los cuales pueden ser *voluntarios* o *involuntarios*.

Los *hechos jurídicos humanos voluntarios* aparecen como *simples hechos jurídicos* o como **actos jurídicos**. Los *simples hechos jurídicos* son hechos voluntarios cuyos efectos jurídicos no son los queridos o son diferentes a los perseguidos por su causante. Puede ser *lícitos* o *ilícitos*. Los **actos jurídicos** son actos humanos conscientes y voluntarios cuyo objeto es producir efectos jurídicos concebidos y deseados por su autor. Lógicamente, pueden ser *unilaterales* y *bilaterales*, según sean expresión de una sola persona, como en el caso de los testamentos, o expresión de varias personas que, sin embargo, expresan una sola voluntad y un mismo sentido. El *acto jurídico bilateral* es el acuerdo de voluntades de dos o

más partes, acuerdo jurídicamente denominado **consentimiento**. En estos *actos jurídicos bilaterales* se distinguen las *convenciones* y los *contratos*.

Los **actos jurídicos humanos involuntarios** se desprenden de la actividad humana sin voluntad consciente, como los actos de los dementes o de los infantes.

**2.- Acto jurídico.-** El *acto jurídico* es una declaración de voluntad hecha con la intención de crear, modificar o extinguir derechos. Es el mismo *negocio jurídico* con que ciertas tendencias alemanas y francesas designan aquella declaración de voluntad, pero otras corrientes hacen del negocio jurídico un acto jurídico, sin que éste siempre sea un negocio jurídico. El acto jurídico en toda ocasión demarca una órbita en la cual queda incluida la que pueda originar un negocio jurídico. En otras palabras: todo negocio jurídico es un acto jurídico, pero no siempre un acto jurídico es un negocio de la misma naturaleza. El profesor de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, doctor Jorge Cubides Camacho, nos dice que "*el acto jurídico suele presentarse por los autores como un 'negocio jurídico'. Sin embargo, esta expresión no traduce exactamente el concepto del acto como género, puesto que al sugerir la palabra 'negocio' la intervención de dos o más personas no sería semánticamente aconsejable aplicarla al acto unilateral. Preferimos nosotros por eso que la expresión 'negocio jurídico' traduzca 'contrato'; en este caso si se realiza el concurso propiamente dicho de voluntades en orden a la producción de obligaciones civiles*"(1).

En síntesis, para dejar plenamente aclarado los dos conceptos a que nos hemos referido anteriormente, acudimos a Henri Capitant para decir que el acto jurídico es una manifestación exterior de la voluntad hecha a fin de adquirir, transmitir, modificar o extinguir un derecho, y que produce un efecto (o consecuencia) querido por su autor, porque el derecho sanciona tal declaración de voluntad. Por su parte, citado por el ilustre profesor Fernando Hinestrosa Forero en su erudito texto sobre *Obligaciones*, conocemos el concepto de Enneccerus, sobre el negocio jurídico al decirnos que éste es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de negocio jurídico.

**2.1.- Elementos constitutivos del acto jurídico.-** Conforme nos lo enseña la legislación comparada y exactamente la colombiana en los Artículos 1501 y 1502 del Código Civil, en cada contrato (acto jurídico) se encuentran elementos que son *comunes* o *generales*, otros que son *esenciales*, otros que son de *naturaleza* y otros que son puramente *accidentales*. El Artículo 1502 nos indica para todos los contratos los elementos *comunes* referidos a su existencia y validez, sin los cuales esos actos *no producen efecto alguno*, son **inexistentes**, u otros que al presentarse ocasionan su invalidez, es decir, nacen afectados del vicio de  **nulidad**. El Artículo 1501 nos enseña los elementos que son de la *esencia* de cada contrato, o sea aquellas cosas sin las cuales... *degenera en otro contrato diferente*; que son de la *naturaleza* o sea las que no siendo esenciales de él *se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial*; y las que son accidentales o

sea aquellas que *ni esencial ni naturalmente le pertenecen* y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

**2.2.- Elementos comunes.**- Los elementos *comunes* concebidos por el Artículo 1502 son los siguientes: 1º. Que la persona contratante sea legalmente capaz; 2º. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3º. Que el contrato recaiga sobre un objeto lícito y 4º. Que la causa también sea lícita.

**3.- Requisitos de existencia.**- Dice la ley colombiana que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces (Artículo 1503 del Código Civil). Estos requisitos, cuya ausencia provoca, como queda indicado, la **inexistencia** del acto, son: a) la *voluntad*; b) el *objeto*; y c) la *causa*. Ahora se añaden las *solemnidades*, cuando éstas son exigidas por la ley.

**3.1.- La voluntad.**- Siempre se ha dicho y aceptado que la *voluntad* es el principal elemento del acto jurídico y se aprecia como una facultad que nos permite hacer lo que deseamos, o no hacer nada, de tal modo, como decía Spencer, que este acto volitivo es necesario imaginarlo antes de realizarlo. Jurídicamente, la *voluntad* conlleva la intención de crear efectos de derecho, siendo sus requisitos la *seriedad* y la *exteriorización*. El primero de estos requisitos es el que obliga a mostrar la evidente intención de que el acto jurídico de que se trate acontezca sin ningún tropiezo. En cambio, no es seria la voluntad que emana 'por representación, juego o ejercicio didáctico (*jocandi causa*), como nos dice el profesor Hinestrosa Forero. Además, con la *exteriorización* se busca la plena objetivación para que el acto jurídico logre su indiscutible validez. El derecho no puede tener en cuenta el querer recóndito de los hombres, nos dice el doctor Vela Camelo, para darnos el siguiente ejemplo: "*De ahí que si se compra un reloj en la creencia que es de un metal fino, v. gr., de oro, y sólo se exteriorizó al vendedor la voluntad de comprarlo, si éste llegare a resultar de cobre, tal hecho carece de eficacia en la validez del negocio, pues a este respecto, la voluntad del comprador permaneció escondida, es decir, no se exteriorizó. Y al contrario, si el comprador manifiesta al vendedor que su intención es adquirir un reloj de oro y si llegase a resultar de cobre, dicho negocio necesariamente caería bajo la sanción de nulidad*" (2).

"*Consecuencia lógica de ello es que nuestro ordenamiento jurídico otorga valor a la voluntad de las personas para que gobiernen sus bienes, pero a condición de que se exterioricen, o, dicho en otras palabras, que se dejen conocer por algún medio o puedan inferirse de las circunstancias o usos sociales, ya que de no ser así el comercio social, que implica un constante intercambio de voluntades, sería imposible*" (3). La exteriorización, lógicamente, puede hacerse por el directamente interesado o por medio de apoderado o representante legal.

Ahora bien: esta exteriorización de la *voluntad* puede ser *expresa* cuando se manifiesta inequívocamente indicando el fin que se quiere y persigue, por medios como la escritura, los gestos... o el lenguaje; o puede ser *tácita* cuando es deducible del comportamiento o actitudes de la persona o personas interesadas

en el negocio jurídico. La ley y circunstancias también dan ocasión a la *voluntad presunta* cuando la ley la presume igualmente al *silencio* cuando se omite la necesaria manifestación. El estudio de su naturaleza, consecuencia y posible eficacia excede los límites del presente estudio.

**3.1.1.- Autonomía privada o de la voluntad.-** En los actuales tiempos se ha abandonado la denominación de *autonomía de la voluntad* para reemplazarla por *autonomía privada*, siguiendo el cauce de los pandectistas alemanes, negadores de todo fundamento racional en la elaboración del derecho y cultivadores de la idea de que la fuente del derecho solo se encuentra en la naturaleza misma de las cosas, sin que haya intervención de ningún principio directivo ideal y abstracto.

La *autonomía privada*, como nos dice el profesor chileno Avelino León Hurtado, "es el elemento primordial del acto jurídico y alrededor de él giran todos los demás". Se refiere a cualquier acto jurídico y puede definirse como **un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones**(4).

Este principio es de tan vastas proporciones que se extiende a muchas instancias de la legislación. Así, por ejemplo:

**Primero:** la autorización que da la ley para que los particulares puedan realizar actos jurídicos no reglamentados por ella, siempre y cuando que éstos no se desvíen de los requisitos organizados en los anaqueles del ordenamiento jurídico. Estos últimos quedan con tanta eficacia como la de los contratos nominados, siguiendo las voces del Artículo 1602 del Código Civil colombiano, que a la letra dice: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

**Segundo:** otro aspecto que lleva la *autonomía privada* como secuela de la libertad individual, es el de la posibilidad de rechazo de la oferta de contratar, que no produce obligación alguna, pues todos podemos contratar o no contratar con entera libertad.

**Tercero:** de igual manera podemos dejar sin valor alguno cualquier obligación que nos ligue, pues conforme con lo dispuesto por el inciso primero del Artículo 1625 del citado Código Civil, "*toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula*".

**Cuarto:** con la misma finalidad de respeto por el principio de la autonomía de la voluntad, el Artículo 38 de la proyecta y sabia Ley 153 nos enseña desde 1887 que "*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*".

**Quinto:** el artículo 15 del Código Civil dispone que “*podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia*”. Esta disposición es otro ejemplo bastante claro de que la autonomía privada goza de especial preeminencia en nuestra legislación.

**Sexta:** las normas consignadas en la interpretación de los contratos y en el testamento son también importantes ejemplos del principio que hemos venido estudiando.

**Séptima:** el principio que establece que nadie puede ignorar las leyes (***Nemo potest ignorare leges***) lleva al legislador a la creencia ineluctable de que los contratantes han llegado hasta las entrañas del acuerdo teniendo en cuenta todo lo que existe en el ordenamiento jurídico. Consecuencia de esto es la imposibilidad de anular los efectos producidos por la contratación, pues ello ocasionaría una violación al principio de la autonomía de la voluntad. Por esta razón, basta la sola voluntad para generar el acto jurídico.

**3.1.2.- Limitaciones a la autonomía de la voluntad.-** Las limitaciones a la *autonomía privada* son aquellas exigencias con las cuales las leyes custodian los intereses superiores de la colectividad. Muchos son los autores que únicamente las consideran en materia contractual, siendo ellas, en primer lugar, las que tienen lugar con la intocable presencia de los *elementos comunes* o *esenciales*, sin los cuales el contrato resulta nonato o degenerado hasta el punto de ser o resultar otro, y en segundo término, las que el propio legislador impone en defensa del orden público y las buenas costumbres.

La primera de las limitaciones señaladas no proviene del legislador, “*sino (de) la lógica y la naturaleza de las cosas, que son más fuertes que la voluntad humana*”(5). El orden público, por su parte, es un concepto semejante a una delicada coctelera en donde se reúnen, como licores alucinantes, las nociones de seguridad, orden en sentido estricto, tranquilidad y sanidad pública. Es, en palabras enarboladas por muchas jurisprudencias, la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad. Las buenas costumbres, otra de las porciones del orden público, se ubican preferentemente en los usos sociales, donde labran su importancia, sus consecuencias y sus valores.

En los actuales momentos en que la modernidad también confecciona sus nidos en el derecho, en éste también han surgido varias y nuevas doctrinas que han llegado a coartar la voluntad privada, pero de todos modos con un subfondo de protección y beneficio. Las teorías de la *imprevisión*, del *abuso del derecho* y de la *lesión* son estaciones de estas limitaciones. Por efectos de la imprevisión se puede enmendar el contrato cuando para una de las partes resulta excesivamente oneroso su cumplimiento; por la doctrina del abuso del derecho se puede lograr la reparación del daño ocasionado por el ejercicio de algún derecho en circunstancias especiales: y gracias a la teoría de la lesión, que tuvo su punto de partida



en la legislación tudesca, puede lograrse mayor equilibrio y mayor justicia conmutativa. Autores que se han ocupado de este tema enseñan que también “el retorno al formulismo... con fines de seguridad jurídica es... una limitación a la autonomía de la voluntad, toda vez que esta no puede manifestarse libremente como se estableció en el derecho francés siguiente a la Revolución. Por último, limita también la autonomía de la voluntad, la teoría alemana de la voluntad declarada, según la cual ésta prevalece sobre la voluntad interna del autor del acto jurídico, pues se da mayor importancia a lo que se ha manifestado y no a la voluntad verdadera que puede ser distinta”.

...

Pero pese a esas leyes restrictivas, la autonomía de la voluntad sigue siendo el resorte que mueve el derecho privado, es la expresión de la personalidad humana y no podrá, en consecuencia, desaparecer jamás”(6).

**3.1.3.- La voluntad en los actos bilaterales: el consentimiento.-** La expresión *voluntad* en sentido específico está destinada solo para los actos unilaterales; para los actos jurídicos bilaterales necesitados del concurso de voluntades, se recurre a la dicción *consentimiento*. Lógicamente, la concordancia de voluntades debe darse sobre los mismos objeto y causa investidos de licitud y siempre mediante la *oferta* en primer lugar y luego la *aceptación*. Sin embargo, algunos actos jurídicos requieren, además de esas dos formalidades –oferta y aceptación– la entrega de la cosa como en los contratos reales y la de ciertas formalidades especiales, como la escritura pública, en los contratos solemnes.

**3.1.4.- Formación del consentimiento. Oferta y aceptación.-** El Código Civil colombiano no se ocupa ni de la *oferta* ni de su *aceptación*. Son temas que se dejaron para que, en forma circunstanciada, los trate el Código de Comercio. Este estatuto legal dice en su Artículo 845 que “*la oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario*”. Cuando la *oferta* o *propuesta* va dirigida al público en general, sin determinación de personas, recibe el nombre de *poli- tación*. Su tratamiento es diferente al de la *oferta* y tanto ésta como aquélla son temas de exhaustivos estudios en el curso de Obligaciones.

Por su parte, la *aceptación* es la conformidad con la oferta, es el acto jurídico con el cual el destinatario manifiesta que está de acuerdo con lo que se le ofrece. Puede ser expresa o tácita y con ella se entiende formado el consentimiento.

Sin embargo, para que la *aceptación* produzca realmente el consentimiento, se requiere que sea *pura y simple* y, además, que se dé durante la vigencia de la *oferta*.

**3.1.5.- Simulación. Acto fraudulento.-** Estos son los llamados comúnmente desviaciones del consentimiento, que definen como *"las operaciones jurídicas que si bien tienen voluntad o consentimiento por parte de los agentes que en ellas intervienen, tal voluntad o consentimiento están dirigidos a objetos diferentes de los que aparecen públicamente"*(7).

El *consentimiento aparente* que conlleva la *simulación* es una declaración de voluntad que no se desea, pero que cuenta con el avenimiento de la parte a quien va dirigida. Para los terceros resulta un verdadero montaje que se construye sobre la *"discrepancia intencional entre la manifestación de voluntad y el verdadero propósito del sujeto o los sujetos del acto"*(8).

Generalmente se aceptan como *elementos de la simulación* los siguientes:

- Disconformidad deliberadamente producida entre la voluntad interna y la declarada.
- Acuerdo sobre el particular entre las partes.
- Intención de engañar a los terceros.

El acto deja de ser simulado si falta alguno de las anteriores condiciones. Siempre la disconformidad entre la voluntad real y la declarada debe ser querida por las partes, condición ésta que la distingue enteramente del error, lo mismo que el hecho de ser compartida por las partes impone su distinción con el dolo. El ánimo de engañar a terceros es también elemento de la simulación, lo que no implica necesariamente el espíritu de perjudicar a estos terceros(9).

En las clasificaciones que se han hecho de la *simulación* es preciso mencionar la que hace relación a las *simulaciones absoluta y relativa*. En la primera el acto acáfano es completamente fingido, sucedido en el cual el acto resulta nulo (o inexistente) y consecuentemente ilícito, por el perjuicio que acarrea a terceros. En la *simulación relativa*, en cambio, se celebra un acto diverso del que realmente desean las partes para que éste quede oculto a los ojos de los terceros".

Finalmente, cabe advertir lo relacionado con la *acción de simulación* afirmando que ésta tiene por objeto obtener que se declare que el acto aparente no existe, si la simulación es absoluta, o que se declare cuál es el acto verdadero si la simulación es relativa. Luciendo una envidiable claridad, Jaime Humberto Vela Camelo nos dice que *"la simulación (es) aquel fenómeno jurídico que encierra dos clases de convenciones: una en la que se aparenta lo que no es, dirigida al público, y otra que encubre, la oculta, destinada a regir las relaciones entre las partes"*. Para ejercerla se necesita: 1º.- ser titular de un derecho quebrantado por el contrato aparente y 2º.- probar el daño sufrido como secuela del acto simulado.

Esta acción tiene muchos puntos semejantes a los mostrados por la acción pauliana o revocatoria, pues, comúnmente la simulación es ilícita, es decir, el acto simulado tiene por finalidad cometer un fraude a la ley o, más frecuentemente

todavía, perjudicar a los acreedores, y la acción pauliana tiene por objeto dejar sin efectos los actos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores. Esta semejanza se diluye hoy con las siguientes conclusiones: "...a) ... la acción de simulación tiene por objeto demostrar que el acto no existe (simulación absoluta) o que es diverso del que aparece ostensiblemente (simulación relativa). La acción pauliana en cambio tiene por objeto dejar sin efecto un acto perjudicial para los acreedores, pero que se ha celebrado efectiva y ostensiblemente. En otros términos, probada la simulación se demuestra cuál es la realidad: si hay una enajenación aparente, se establecerá que el bien objeto del contrato, no ha salido de manos del enajenante, o si hay, por ejemplo, venta por interpósita persona para eludir una disposición legal, se demostrará el fraude, pero no se declarará la nulidad de ese acto oculto mediante la acción de simulación (sino la de nulidad) puesto que esa acción solo persigue demostrar la verdadera situación. La acción pauliana, en cambio, se encamina directamente a obtener la revocación del acto fraudulento que se ha celebrado ostensible y seriamente, con el propósito de que produzca todos los efectos legales. / b) La acción de simulación pueden deducirla los acreedores, sin considerar la fecha de sus créditos. Por el contrario, para deducir la acción pauliana es imprescindible haber tenido la calidad de acreedores antes de la celebración del acto que les perjudica, pues éste ha debido celebrarse en fraude de sus derechos, o sea, en contratos onerosos, conociendo el deudor y el adquirente el mal estado de los negocios del primero. Si el acto es a título gratuito, basta el reconocimiento del deudor; c) La acción de simulación corresponde a las partes y a los terceros: la acción pauliana o revocatoria sólo compete a los acreedores en cuyo perjuicio se ha celebrado el acto; / d) La acción revocatoria o pauliana beneficia sólo al acreedor o acreedores que la entablan, y la revocatoria no se extiende más allá del monto del crédito de ese acreedor o acreedores. La simulación en cambio tiene un carácter absoluto, se demostrará que el acto no existe en su totalidad o que hay otro acto encubierto; y e) Por último, entre las principales diferencias entre una y otra acción, debemos señalar el plazo de prescripción. El acto simulado se puede atacar en cualquier tiempo, pues la acción, como hemos expresado, no prescribe. La acción pauliana, a la inversa, sí se prescribe.

**3.1.6.- Vicios de la voluntad.-** Estos vicios, que corresponden a los del consentimiento, son el *error*, la *fuerza* y el *dolo*.

**3.1.6.1.- Error.-** Sin extendernos mucho en los vicios del consentimiento, diremos en primer lugar que "aunque la ignorancia es distinta del error, ya que consiste no en el concepto equivocado sino en la falta de concepto respecto de algo; en el derecho error e ignorancia son equivalentes". Puede ser de *derecho* y de *hecho*. El falso concepto de ley constituye el primer error; cuando el falso concepto se refiere a una persona, una cosa o una situación hallamos el error de hecho.

Para remediar el error se hace expedita la solicitud de la nulidad relativa o rescisión del acto o contrato.

**3.1.6.2.- Fuerza.-** Se ha considerado que la fuerza es el temor que experimenta una persona debido a una presión física o moral que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado. Conforme con el Artículo 1513 del Código Civil colombiano 'la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave'. (subrayado nuestro). Nuestra Corte Suprema de Justicia en Sentencia de abril 15 de 1969 nos ha dicho al respecto: *"Esta clásica institución latina, tal como se ofrece en el derecho moderno, presupone dos requisitos para la operancia de la sanción que conlleva, cual es la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza: a) El primero de ellos, claramente descrito en el Artículo 1513 de nuestro Código Civil mira la intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima. Corresponde, por tanto, al juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para 'producir una impresión fuerte' un 'justo temor' (vani timoris non excusat), para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a la "edad, sexo y condición" de la víctima. b) El segundo de los aludidos requisitos para que la fuerza constituya vicio de la voluntad, no contemplado expresamente por nuestro Código, pero invariablemente tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la injusticia de los hechos constitutivos de aquélla entendiéndole como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo"*.

Finalmente, cabe observar que el mismo Artículo 1513 dispone que el temor reverencial, o sea el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento. Para que la fuerza vicie el consentimiento, agrega el Artículo 1514, "no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento".

**3.1.6.3.- Dolo.-** Los tratadistas Weill y Terre, citados por Tamayo Lombana en su Manual de Obligaciones, dicen que el *dolo* está constituido "por las maniobras fraudulentas, engaños, mentiras, reticencias de que una persona se sirve para engañar a otra con ocasión de un contrato". Nuestro Código Civil en el inciso final del Artículo 63 nos enseña que esta figura consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". En Casación de noviembre 13 de 1956, la Corte Suprema de Justicia amplía este concepto en los siguientes términos: "Para los tratadistas, el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de engañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de 'intención positiva' de 'inferir justicia'. / Por consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse tanto a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su

manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión”.

**4.- El objeto.-** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, nos dice el Artículo 1502 del Código Civil, además de todo lo dicho en cuanto a la voluntad, es necesario que legalmente tenga **capacidad legal**, o sea que pueda obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. La incapacidad tiene que ser declarada legalmente, como lo exige el Artículo 1503 de nuestro Código Civil.

En la capacidad es factible la clasificación entre *capacidad de goce* y *capacidad de ejercicio*. La primera se distingue por la competencia para adquirir derecho, lo que hace que también se le denomine *capacidad adquisitiva*; cuando se refiere a la suficiencia para ejercer derechos y contraer obligaciones, nos albergamos en la capacidad de ejercicio.

En los términos de nuestra ley civil, son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no puedan darse a entender. (Por Sentencia de agosto 20 de 1971, fue declarada inexecutable la expresión “por escrito” que se exigía a los sordomudos para darse a entender). Los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción también son capaces pero no en forma absoluta, pues sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes (Artículo 1503-3º Código Civil).

Hay otras incapacidades que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar determinados actos.

**4.1.- Requisitos del objeto.-** En los requisitos del objeto cabe distinguir una cosa material, un hecho o una abstención. Si el objeto recae sobre una cosa debe ser real, comerciable, determinado o determinable y lícito. Pero si recae sobre un hecho o una abstracción, debe ser determinado, física y moralmente posible y lícito.

**5.- Causa.-** El Artículo 1524 del Código Civil nos enseña que ‘no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. / Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público...’.

La causa debe ser real o sea que efectivamente exista y también lícita o sea definida expresamente por el Código, como quedó expresado anteriormente con las voces del Artículo 1524.

**6.- Formalidades.-** Como lo advertimos en el nº. 2.3 de este Capítulo, ahora se exigen algunas *solemnidades*, también llamadas *formalidades*, aunque para algunos esta última es el género y la solemnidad es una especie de formalidad.

Haciendo caso omiso a esta discusión un poco bizantina, sobretodo la doctrina extranjera ha concluido que no todos los requisitos externos ajenos a un acto, que son los que se refieren a las formalidades, tienen un mismo valor, aunque todos constituyen prueba del acto, de su contenido y naturaleza. Esto obliga a distinguir las *solemnidades propiamente dichas de las formalidades habilitantes, las exigidas por vía de prueba, las exigidas como medios de publicidad y aquellas formalidades cuya omisión resulta totalmente inocua.*

La omisión de las solemnidades propiamente tales acarrearán la nulidad del acto o contrato, aunque para otros con mayores y nuevos alcances hablan de la inexistencia del acto. En estas solemnidades se señalan los instrumentos públicos y privados y ciertas inscripciones en registros especiales.

Las solemnidades habilitantes son aquellas que habilitan a los incapaces para actuar en la vida jurídica. La omisión de esas formalidades produce tan solo nulidad relativa.

Las otras formalidades, como la ampliación de las señaladas anteriormente, deberán ser explicadas prolijamente en el curso de Contratos, que es donde realmente corresponde. Igualmente los *efectos de los actos jurídicos* que conducen a la creación, modificación o extinción de un derecho. Por lo pronto, podemos adelantar que en este estudio de los señalados efectos hay que distinguir las *partes* y los *terceros*, siendo los primeros las personas que por sí mismas o representadas concurren a la formación del acto. Terceros son todas las otras personas.

**7.- Sanciones civiles.-** En orden decreciente de gravedad las sanciones civiles por la inobservancia u omisión en los actos jurídicos de los requisitos y formalidades señalados por la ley, son en teoría: a) Inexistencia; b) Nulidad; c) Inoponibilidad(10).

**7.1.- Ineficacia del acto jurídico.-** La voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades, son los requisitos de existencia y validez del acto jurídico. Si alguno de ellos falta, éste adolece de un vicio y es castigado con una sanción que lo priva legalmente de sus efectos normales. Ese vicio es la *ineficacia* que se muestra figuradamente como un trípode exornado por la *inexistencia*, la *nulidad absoluta* y la *nulidad relativa*.

**7.1.1.- Inexistencia.-** Como grado de ineficacia máxima, la inexistencia es la carencia en el acto jurídico de uno siquiera de los elementos comunes o esenciales que le ha asignado la ley para que pueda incorporarse a la vida del derecho. Con ese defecto protuberante no requiere ser invalidado ni puede ser convalidado, pues no nace para la ley, es un '**no acto**', aprovechando la simpática expresión del maestro Francesco Carnelutti. Pero no sería del todo extraño que, a pesar de la inexistencia, se hayan realizado ciertas prestaciones de hacer, de no hacer o de dar, las cuales no tendrían ningún apoyo voluntario, de modo que su



realización conllevaría un *enriquecimiento sin causa* y, así las cosas, la obligación de restituir o de indemnizar los perjuicios que hayan podido azotar a terceros de buena fe. Procesalmente hablando la vía adecuada sería la ordinaria señalada por el Artículo 396 del Código de Procedimiento Civil.

Las obligaciones que se han señalado, si se trata de restitución, lo procedente es devolverse como estaba; pero en tratándose de dinero debe tener en cuenta su actualización mediante la corrección monetaria o *indexación*. Pero si se trata de indemnización de perjuicios, el resarcimiento sí incluye el lucro cesante.

En este tema se advierte que "conviene mencionar que el Artículo 898 del *Código de Comercio* emplea el giro de ratificar como modo de perfeccionar el acto inexistente. Lo hace, es cierto, pero con referencia a la intención de las partes, y no al acto inexistente mismo. Por ello agrega que la ratificación *perfeccionará* el acto, solo si se da cumplimiento a las solemnidades pertinentes. Por lo demás el artículo confirma lo dicho en el sentido de que toda su actuación realizada como desarrollo de presuntos actos en modo alguno puede perjudicar a terceros de buena fe exenta de culpa"(11).

Por la vía histórica, debemos recordar lo que nos dice Ducci Claro en su obra publicada en 1980: "...la teoría de la inexistencia jurídica fue formulada por el jurisconsulto alemán Zachariae, a propósito del matrimonio. En el matrimonio no se aceptaban más nulidades que las expresamente establecidas, y la falta de diferencia de sexos entre los contrayentes no estaba sancionada. Ante tal situación se dijo entonces que el matrimonio era inexistente, y la noción de inexistencia se hizo más tarde extensiva a los actos patrimoniales". El mismo ejemplo nos lo da el doctor Jaime Alberto Vela Camelo en su obra sobre Invalidez e ineficacia del Negocio Jurídico.

**7.1.2.- Nulidades.-** Las nulidades son mala vegetación que brota en todas las eras del derecho y en aquellas hay que distinguir las *absolutas* y las *relativas*, además de las *sustanciales* y las *procesales*. Sobre estas últimas dijo la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia de octubre 27 de 1937: "*Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el Título XX del Código Civil y otras las de carácter adjetivo consagradas en el Capítulo 12 del C. J. (hoy en el libro 2º, Título XI, Capítulo II del C. de P. C.). Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad en cuanto estos carezcan de algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie de éstos o la calidad o estado de las partes, y las segundas atañen a irregularidades en el proceso judicial. En las primeras está comprendido el concepto de la validez o nulidad del acto o contrato en sí mismo considerado, y en las segundas ese concepto no entra en juego sino únicamente si el procedimiento encaminado a hacer efectivo un derecho esté o no viciado. Por eso una nulidad o vicio de carácter objetivo no toca, en cuanto a su validez, el acto o contrato cuya efectividad se quiere hacer valer en un proceso judicial que es o se declara nulo por irregularidades en su tramitación...*".



**7.1.2.1.- Especies de nulidad sustantiva.-** Conforme con el Artículo 1740, inciso 2º., del Código Civil, la nulidad puede ser *absoluta* y *relativa*. La primera, es de carácter puramente objetivo, nace de tres clases de negocios irregulares: 1º.- Negocios ilícitos por el objeto o la causa (Artículos 1529, 1521 (1 y 2) y 1533 del Código Civil); 2º.- Negocios provenientes de personas absolutamente incapaces; 3º.- Ausencia de una formalidad que la ley exige para la validez del negocio, en consideración a la naturaleza del mismo y no a la calidad de las personas que lo celebran. La nulidad absoluta, pues, es aquella que recae en un requisito esencial del negocio que deteriora su eficacia. Este 'tiene existencia, pues cuenta con un mínimo de elementos para que el acto adquiera validez jurídica. Pero la gravedad de la desviación es tal, que resulta indispensable enervar sus efectos, lo que puede hacerse aun de oficio y no puede convalidarse'(12).

La nulidad relativa se presenta en aquellos actos en cuya celebración se ha omitido algún requisito o formalidad que las leyes establecen en consideración a la calidad, o estado de las personas que los ejecutan, o acuerdan, los cuales también son llamados rescindibles o anulables. Ellos permiten la formación del acto, a pesar del defecto. Por eso esta nulidad debe ser declarada por el juez por petición que exclusivamente puede hacer la parte.

El acto se reputa válido hasta cuando sea anulado, pero puede ser convalidado. Alessandri Rodríguez expone que la nulidad "...propia tal, esto es, la nulidad absoluta procede en aquellos casos en que falta alguno de los requisitos esenciales de un acto jurídico; la rescisión, o sea, la acción de nulidad relativa, tiene por objeto dejar sin efecto un acto o contrato, que reuniendo todos los requisitos esenciales, presenta alguno de ellos viciado. Entonces, la acción de nulidad es la acción destinada a obtener la nulidad absoluta y la acción rescisoria es la destinada a obtener la nulidad relativa".

Podemos, pues, resumir así las fuentes de la nulidad relativa: 1ª. Los negocios provenientes de los relativamente incapaces; 2ª. Los negocios irregulares en razón de un vicio de la declaración de voluntad y 3ª. Los negocios en que se omite un requisito exigido en consideración a la persona y no a la naturaleza del acto o negocio.

**7.1.2.2.- Diferencias entre inexistencia y nulidad absoluta.-** Entre estas dos especies de ineficacia se pueden establecer las siguientes diferencias, a pesar de la idea generalizada entre los juzgadores de que la inexistencia no es figura que tenga identidad en el 'fascinante mundo del derecho' o de que es la misma nulidad absoluta: 1ª. La declaración judicial es necesaria para la cesación de los efectos de un negocio jurídico. La inexistencia, en cambio, no requiere de esta declaración. La nulidad se decreta, la inexistencia, en cambio, no requiere de esta declaración. La nulidad se decreta, la inexistencia se reconoce; 2ª. La nulidad, como sanción que es, gira alrededor del principio de especificidad, en cuanto a la inexistencia se refiere, no hay norma que la consagre expresamente como tal; 3ª. También la nulidad acepta los efectos de la convalidación, salvo

que se trate de objeto o causa lícitos. 4ª. La nulidad puede sanearse por prescripción; por ser un 'no acto', la inexistencia es una figura ajena a la prescripción.

**7.1.2.3.- Diferencias entre nulidad absoluta y nulidad relativa.-** Con fundamento en los Artículos 2º de la Ley 50 de 1936 y 1743 de nuestro Código Civil, se establecen las siguientes diferencias: "1º.- La nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el juez, cuando aparece de manifiesto en el instrumento en que consta el negocio; la nulidad relativa, para provocar la anulación del acto, no puede ser declarada de oficio; 2º.- La nulidad absoluta puede pedirse para que sea declarada a solicitud del ministerio público, en el interés de la moral o de la ley; en cambio la nulidad relativa no puede ser solicitada por aquél; 3º.- La nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en su declaración; la nulidad relativa sólo puede ser alegada por las partes; 4º.- La acción de nulidad absoluta prescribe en veinte años; la relativa en cuatro años". Sobre esta última diferencia hay que advertir que el término de prescripción extraordinaria hoy es tan solo de diez años y que la nulidad relativa según el Artículo 1750 del Código Civil, sin perjuicio de las disposiciones de leyes especiales, tiene distintos momentos de iniciación, así:

En caso de violencia, desde el día en que ésta hubiera cesado;

En caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato;

En caso de que la nulidad provenga de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado esta incapacidad;

En caso de personas jurídicas que por asimilación a los menores tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, se les duplicará el cuatrienio y se contará desde la fecha del contrato.

**7.1.3.- Teoría de la Inoponibilidad.-** De todo acto jurídico se desprenden obligaciones y derechos que coercen o benefician a las partes. Para éstas el acto es válido, pero para los terceros de buena fe no es posible hacerlos valer. En otras palabras, la Inoponibilidad 'consiste en la imposibilidad legal de hacer valer contra terceros un acto válido o las consecuencias o efectos de su nulidad' (Ducci Claro). En su '*Diccionario de Derecho Privado*', Álvaro Ortiz Monsalve define la Inoponibilidad como "la forma de ineficacia que se presenta cuando un negocio es eficaz entre las partes y no lo es frente a terceros o cuando siendo eficaz frente a terceros, deja de serlo entre las partes".

La regla general, pues, es que el acto jurídico debida y legalmente celebrado es oponible entre las partes, pero no inoponible frente a terceros. La inoponibilidad ha sido establecida para proteger a los terceros de buena fe y tiene causales de fondo y causales de forma.

Entre las causales de fondo son conocidas las siguientes: a) La falta de consentimiento o concurrencia; b) La clandestinidad; c) El fraude; d) La lesión de

derechos adquiridos; e) La lesión de las asignaciones forzosas en las sucesiones; y f) La buena fe en el caso de la resolución de un contrato.

Entre las causales de forma se nombran: a) La falta de publicidad y b) Falta de fecha cierta.

Finalmente, señalamos que la inoponibilidad puede derivarse también de la nulidad de un acto y que el tercero de buena fe podrá hacer valer la inoponibilidad ante quien pretenda hacer valer en su contra un derecho cualquiera emanado de un acto válido o nulo que le es inoponible.



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 3ª. Edición, 1996, pág. 154.
- (2) VELA CAMACHO, Jorge Humberto. *Invalidez e ineficacia del acto jurídico*. Jurídica Radar Editores, 1989. 1ª. Edición. Páginas 32/33.
- (3) VELA CAMACHO, Jorge Humberto. *Invalidez e ineficacia del acto jurídico*. Jurídica Radar Editores, 1989. 1ª. Edición. Pág. 33.
- (4) LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile. 3ª. Edición, 1979, pág. 56.
- (5) LEÓN HURTADO, Avelino. Páginas 59 y 64/65, respectivamente.
- (6) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Ob. Cit., pág. 170.
- (7) DUCCI CLARO, Carlos. Ob. Cit., pág. 484.
- (8) LEÓN HURTADO, Avelino. Páginas 147/148.
- (9) DUCCI CLARO, Carlos, pág. 443.
- (10) CUBIDES CAMACHO, Jorge, pág. 207.
- (11) DUCCI CLARO, Carlos, pág. 443.
- (12) CUBIDES CAMACHO, Jorge, pág. 207.



## CAPÍTULO XII

# *Los usos sociales*

## *El derecho y la moral*

**1.- Los usos sociales.-** Definitivamente, son tres clases de normas a las que están sometidos los seres humanos: las *jurídicas*, las *morales* y los *usos sociales*, estos últimos según la denominación dada por Rodolfo Jhering. Aunque con normas diferentes, hay autores de gran valía que niegan la posibilidad de distinguirlas, como Georgio del Vecchio y Gustavo Radbruch. Los usos sociales, en todo caso, dirigen la conducta de los hombres tanto en público como en privado, sin que haya lugar a sanción religiosa, moral o jurídica, pero, en cambio, los individuos que realizan actos contrarios a ellos incurren en la sanción o desconfianza pública y son señalados con reserva por la sociedad. El concepto de Ezequiel Ander-Egg enseña que *"son formas institucionales de actuar que orientan los actos rutinarios de la vida cotidiana, bajo la forma de costumbres, hábitos, usanza, estilo o manera de obrar comunes a los integrantes de un grupo humano determinado. Tiene un bajo grado de obligatoriedad y la sanción social no existe o no es severa"*(1).

Sin embargo, entre las normas jurídicas y los usos sociales existen semejanzas bastante pronunciadas. Son ellas el *carácter social* de ambas, la *exterioridad* y la *absoluta pretensión de validez*. El hombre, por naturaleza, es un ser social, se dice desde los tiempos dorados de Aristóteles. Sin salir del espacio familiar y utilizando y aún extendiendo la expresión de Max Weber, podemos decir, además, que



el derecho y los usos sociales se detienen en el umbral del hogar(2). Al cerrar las puertas de éste los convencionalismos quedan afuera. La exterioridad de ambos, como se afirmó anteriormente, es otro aspecto común entre las normas jurídicas y los usos sociales. Doña Evelia Porto de Mejía, compatriota nuestra, maestra en estos últimos, nos habla del beneficio de esta exterioridad en los usos sociales y específicamente en la *etiqueta* al hacernos el siguiente comentario: "*La etiqueta ha existido siempre. Los seres humanos por su necesidad de vivir en sociedad, han desarrollado a través de los siglos una serie de normas inspirada en el deseo de agradar a los demás*"(3). La persona que se desvíe de la pauta puede ser mirada como un excéntrico o como acérrimo individualista que se niega a dejarse atar por las convenciones (E. Chinoy). La tercera nota que expresa la comunidad a que nos hemos venido refiriendo la encontramos en la *absoluta pretensión de validez*. Es esta la obligación que reclama un sometimiento incondicional sin tener en cuenta la aquiescencia de los obligados".

A propósito de la tercera nota, recordamos una interesante y sabrosa anécdota de la que fue reina de Francia, víctima de la revolución de 1789: María Antonieta sufría la constante vigilancia de Madame de Noailles, guardadora de la etiqueta real, inflexible en cuanto a las costumbres de la Corte. María Antonieta la llamaba '*Madame l'Étiquette*'. Un día durante una excursión campestre, el asno en que cabalgaba la reina la tiró al suelo, sin que en la caída sufriera golpes de importancia. Corrieron todos a levantarla, pero Su Majestad se negaba a incorporarse gritando y fingiendo gran inquietud. '¡Pronto! ¡Pronto! ¡Busquen a Madame Noaille, para que nos diga lo que manda la etiqueta cuando cae de un burro una reina de Francia!'

Los manuales de urbanidad, los textos de etiqueta y las obras sobre relaciones humanas, son compilaciones que enseñan el uso que debemos dar a las reglas de la cortesía, es decir, la gentileza, la decencia, las provechosas maneras, la caballerosidad, el buen orden, la benévola crianza, el amable trato, las costumbres, &. La misma reina María Antonieta, ya en el cadalso, en lo que podríamos considerar los últimos instantes de su vida, dio un nuevo sentido al concepto de la cortesía cuando al pisarle el pie al verdugo dijo: '*Disculpe, Monsieur*'.

Los Códigos de Policía, los que generalmente tratan de las ocasiones sencillas y molestosas cosas de la vida para dar a la sociedad el buen comportamiento que conduce a los días repletos de amistosas y felices relaciones, a los vecindarios limpios y las fiestas llenas de las sonrisas del amor que nace o se robustece, a las tabernas trasnochadas pero con proyectos desbordados que engrandecen en un momento a los locuaces conversadores, a la paz alegre de las actividades lúdicas y, en fin, a la verdadera tranquilidad pública en toda su plenitud contienen supuestos legales que ostentan interesantes analogías con los usos sociales.

Debemos tener en cuenta que además de significar el buen orden que se observa y guarda en las ciudades, y del cuerpo encargado de ello, una tercera acepción de la palabra "*policía*" que enseña el Diccionario de la Real Academia Española

dice que dicha palabra significa también "cortesía", buena crianza y urbanidad en el trato y costumbres". Además, en una cuarta acepción, dice que es "Limpieza, aseo".

Máynez concluye en fin que "podemos declarar que los convencionalismos coinciden con las normas jurídicas en su índole externa, pero difieren de ellas en su unilateralidad, pero se distinguen de ellas en su exterioridad. **Exterioridad y bilateralidad** son los atributos del **derecho: unilateralidad e interioridad**, los de la moral: exterioridad y unilateralidad, los de los convencionalismos"(4).

**2.- El derecho y la moral.-** En los albores de la civilización el derecho y la moral estuvieron íntimamente unidos. Los pueblos primitivos, desarrollados sobre cimientos religiosos, no fueron capaces en principio de diferenciar las relaciones emanadas del uno o de la otra. El célebre Código de Hammurabi, conservado en tablillas de basalto, y la ley mosaica, rígida y brava, nutrida en episodios de la tradición babilónica, son ejemplos de esta amalgama de derecho, moral y religión.

Más adelante, con el arrollador y trascendental desarrollo del pueblo griego, las enseñanzas de Platón y de Aristóteles concibieron la justicia como virtud y consideraron que las leyes debían ser depositarias de consejos para conseguir la felicidad. En la hierática Roma tampoco había una clara diferencia entre el derecho y la moral. El primero de los nombrados era definido por Celso como el *arte de lo bueno y lo equitativo (ius est ars boni et aequi)*. Ulpiano, por su parte, con tres fulgentes principios iluminó esta dualidad: *Vivir honestamente, no hacer mal al prójimo y dar a cada uno lo suyo (Honeste vivere, alterum non laedere suum cuique tribuere)*.

En la Edad Media, con la supremacía absoluta de la Iglesia Católica y a pesar de la pesada sentencia de Jesús de "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios", derecho y moral permanecen unidos, aunque se acepte que esta última se refiere al bien individual y el derecho al bien común. Pero con la aparición de Cristian Tomasio el deslinde entre derecho y moral se hizo patente. En "*Fundamenta juris naturae et getium*", su obra maestra, la moral prohija como meta fundamental lo honestum (*forum internum*), mientras el derecho escoge lo externo (*forum externum*), lo cual produce la incoercibilidad de la moral, contraria, lógicamente, a la coercibilidad del derecho. Así las cosas, se ha dicho que el principio de la moral es "Hazte a ti mismo aquello que querrías que los demás se hicieran a sí mismos", mientras que el derecho nos exige que "No hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho". Posteriormente, para Immanuel Kant, derecho y moral continúan orientando el fuero externo del obrar humano y el fuero interno, recíprocamente.

Hoy está claro que el objeto del derecho, "es la sumisión del individuo a la voluntad de la sociedad organizada, en tanto que la tendencia de la moral es someter al individuo a los dictados de su propia conciencia"(5). Manuel Atienza, por su parte, establece la diferencia entra ambos órdenes normativos haciendo énfasis en el carácter de las normas: 1) "Thomasius por ejemplo consideraba que

la moral establece mandatos positivos, es decir, obligaciones (de hacer el bien), a diferencia del derecho, que establece prohibiciones (de *hacer el mal*). 2) En el contenido de las normas: *el derecho, según una tradición que proviene de Kant regula los actos externos y la moral de los internos*. 3) *En la condición de aplicación: las normas jurídicas serían, pues, hipotéticos y las morales categóricas*. 4) *En la autoridad-destinatario de las normas: las normas jurídicas son heterónomas, provienen del exterior del propio sujeto, mientras que las morales son autónomas, en ellas coincide la autoridad con el destinatario; o bien (en otra posible variante): las normas jurídicas a diferencia de las morales, son aquellas que provienen del Estado*. 5) *En la ocasión espacio-temporal y en la promulgación: las normas jurídicas tienen límites espaciales definidos (el territorio del estado, de un municipio, etc) suelen tener su vigencia temporal indeterminada (hasta que sean derogadas), y la promulgación de las mismas exige ciertas formalidades, como publicación... sanción... por el jefe del estado, etcétera*. 6) *En la sanción que...es el criterio más importante, y, en cierto modo el definitivo"(6)*.

Se ha dicho en fin que la verdadera diferencia entre derecho y moral está en la *invariabilidad* de los preceptos de esta última enfrentada a la *relatividad* de las normas jurídicas, pero *"la diferencia entre el derecho y la moral se destaca muy bien teniendo en cuenta que mientras el derecho es un orden social que persigue realizar el bien común, la moral es un orden individual que busca el perfeccionamiento del hombre. El derecho es la respuesta a la pregunta de cómo organizar la sociedad para realizar el bien común; la moral es la respuesta a la pregunta de cómo proceder para alcanzar la perfección en orden al fin trascendente. El derecho es, por ello imperativo-distributivo, porque a la vez que impone deberes confiere derechos. El derecho, de otra parte, repara en la intención del obrar solo cuando ello es necesario para el recto orden social. La moral toma siempre en cuenta el móvil, independientemente de tal consideración. / Pero esta distinción no lleva una separación de las dos órdenes, al modo de Tomasio, Kant y Fichte. El orden social que el derecho persigue no es extraño al orden individual objeto de la moral. Ambos órdenes tienen en cuenta al hombre: el derecho en su dimensión social, la moral en su dimensión individual. El bien común, uno de los fines del derecho, se refleja sobre el bien individual, se vuelve sobre éste. Por tanto, el derecho no puede olvidar al hombre en su vida moral. De aquí que en muchas veces se inspire en esta para regular el orden social, pues el perfeccionamiento individual es la base del perfeccionamiento social. Mientras más bondad haya en los hombres más recta será la vida social. Pero el derecho no puede dar categoría jurídica a todas las reglas morales porque su misión no es hacer perfectos a los hombres. El derecho se limita a consagrar como jurídicos aquellos preceptos morales que son necesarios para el orden social"(7)*.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) ANDER EGG, Ezequiel. *Diccionario del Trabajo Social*. Plaza & Janés Editores. Bogotá, 1986, pág. 466.
- (2) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F., 1946, pág. 35.
- (3) PORTO DE MEJÍA, Evelia. *El arte de la etiqueta*. Editorial Gamma. Bogotá, 2ª. Edición, 1990, pág. 17.
- (4) MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*. Temis. Bogotá, 2003. Abogados Asociados Editores. Medellín, 1190, pág. 33.
- (5) VINOGRADOFF, Paúl. *Introducción al derecho*. Doctrina Jurídica Contemporánea. México, D.F., 2000, pág. 30.
- (6) NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Introducción general al derecho*. Volumen I. Institución Universitaria Sergio Arboleda. Bogotá, páginas 42/43.
- (7) ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*. Fondo de Cultura Jurídica. México, D.F. 2000, pág. 30.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Verónica. *"El proceso de Cristo"*.
- ANDER EGG, Ezequiel. *Diccionario del Trabajo Social*.
- ANGULO BOSSA, Jaime. *¿Qué es un preámbulo?*
- BADENES GASSET, Ramón. *Conceptos fundamentales del derecho*.
- BELLOC, Hilario. *"Cómo aconteció Reforma"*.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*.
- BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del derecho*.
- CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *"Derecho civil. Parte general y personas"*.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*.
- Diccionario Enciclopédico Jurídico Salvar, 1998.
- DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte general*.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo.
- GENY, Francisco.
- GILLY, René. *"La pasión de Jesús"*.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Augusto. *"Introducción al derecho"*.
- LATORRE SEGURA, Ángel. *Introducción al derecho*.
- LEÓN HURTADO, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*.

- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*.
- MORENO MILLÁN, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*.
- NOGUERA, Barreneche.
- NOGUERA LABORDE, Rodrigo. *Introducción general al derecho*.
- PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique. *Teoría general del proceso*.
- POKROVSKI y otros. *"Historia de las ideas políticas"*.
- PORTO DE MEJÍA, Evelia. *El arte de la etiqueta*.
- RUIZ MORENO, Martín. *"Filosofía del derecho"*.
- SENTENCIA C-479 de 1992. Corte Constitucional.
- SUÁREZ PINEDA, Rafael; Suárez Clara, *"Historia del derecho y el derecho de la historia"*.
- TORRÉ, Alejandro. *"Introducción al derecho"*.
- VEIT, Valentín, *Historia Universal*.
- VELA CAMACHO, Jorge Humberto. *Invalidez e ineficacia del acto jurídico*.
- VINOGRADOFF, Paúl. *Introducción al derecho*.

## ÍNDICE ALFABÉTICO

|   |  |  |
|---|--|--|
| <b>"A"</b>                              |  | Código de Manu ..... 4                   |
| Abrogación..... 134                     |  | Consecuencia del sujeto jurídico.. 73    |
| Abuso (del derecho)..... 106            |  | Conflicto de leyes en el espacio.... 135 |
| Acto jurídico..... 141                  |  | Consentimiento (formación)..... 146      |
| Analogía..... 129                       |  | Conflicto de leyes en el espacio.... 135 |
| Anarquía ..... 2                        |  | Confucio ..... 5                         |
| Antinomias..... 60                      |  | Constitución Política ..... 84           |
| Atributos (de la personalidad) ..... 82 |  | Costumbre ..... 104                      |
| Autonomía (de la voluntad)..... 144     |  |  |
| Autonomía (limitaciones)..... 144       |  | <b>"D"</b>                               |
| <b>"B"</b>                              |  | Derecho                                  |
| Bien común ..... 119                    |  | • Abuso..... 106                         |
| Buena fe..... 107                       |  | • Ciencias ..... 68                      |
| <b>"C"</b>                              |  | • Clasificación..... 76                  |
| Capacidad ..... 82                      |  | • De la personalidad..... 87             |
| Clan..... 3                             |  | • Definición ..... 58                    |
| Clasificación de la ley ..... 102       |  | • Derogación ..... 134                   |
| Clasificación del domicilio ..... 84    |  | • Experiencias doctrinarias..... 45      |
|   |  | • Extinción..... 78                      |



|                               |             |                                   |            |
|-------------------------------|-------------|-----------------------------------|------------|
| • Fines.....                  | 113         |                                   |            |
| • Fuentes .....               | 91          |                                   |            |
| • Fuentes del subjetivo ..... | 76          |                                   |            |
| • Función social .....        | 69          |                                   |            |
| • Límite al ejercicio.....    | 79          |                                   |            |
| • Modificación.....           | 78          |                                   |            |
| • Nacimiento.....             | 76          |                                   |            |
| • Natural y positivos .....   | 69          |                                   |            |
| • Natural.....                | 21-24-25-27 |                                   |            |
| • Objetivo.....               | 75          |                                   |            |
| • Positivo .....              | 65-69       |                                   |            |
| • Privado.....                | 66-67       |                                   |            |
| • Público.....                | 66-67       |                                   |            |
| • Racional.....               | 33          |                                   |            |
| • Relaciones con otras .....  | 68          |                                   |            |
| • Subjetivo.....              | 65-75-76    |                                   |            |
| • Sujetos .....               | 80          |                                   |            |
| • Sustantivo.....             | 66          |                                   |            |
| • Transferencia .....         | 78          |                                   |            |
| • Transmisión.....            | 78          |                                   |            |
| • Y moral .....               | 161         |                                   |            |
| Despotismo .....              | 2           |                                   |            |
| Doctrina .....                | 110         |                                   |            |
| Domicilio .....               | 84          |                                   |            |
|                               |             |                                   | <b>"E"</b> |
|                               |             | Efectos (de la Ley) .....         | 134        |
|                               |             | Egipto .....                      | 8          |
|                               |             | Empirismo (Jurídico) .....        | 35         |
|                               |             | Enriquecimiento (sin causa) ..... | 107        |
|                               |             | Equidad .....                     | 6          |
|                               |             | Error (común).....                | 108        |
|                               |             | Estado (civil) .....              | 85         |
|                               |             | Exequátur .....                   | 137        |
|                               |             | Extinción (de los derechos) ..... | 78         |
|                               |             |                                   | <b>"F"</b> |
|                               |             | Familia .....                     | 86         |
|                               |             | Fines del derecho.....            | 113        |
|                               |             | Fraude (a la Ley) .....           | 108        |
|                               |             | Fuentes (clasificación) .....     | 91         |
|                               |             | Fuentes (del Derecho) .....       | 91         |
|                               |             | Fuentes (del estado civil).....   | 85         |
|                               |             | Fuentes (naturales) .....         | 93         |
|                               |             |                                   | <b>"G"</b> |
|                               |             | Grecia.....                       | 9-21       |
|                               |             |                                   | <b>"H"</b> |
|                               |             | Hammurabi (código) .....          | 3          |
|                               |             | Hermenéutica .....                | 127        |
|                               |             | Historicismo .....                | 34         |

|                              |        |   |     |
|------------------------------|--------|---|-----|
| Hechos                       |        | • Interpretación .....                      | 125 |
| • Humanos .....              | 141    | • Vigencia.....                             | 123 |
| • Involuntarios.....         | 141    | Libertad.....                               | 119 |
| • Jurídicos .....            | 141    | Límites (al ejercicio de los derechos)..... | 79  |
| • Materiales.....            | 141    |   |     |
| • Naturales.....             | 141    | <b>“M”</b>                                  |     |
| • Voluntarios.....           | 141    | Manu (Código de).....                       | 4   |
|                              |        | Modificación (de los derechos) .....        | 78  |
| <b>“I”</b>                   |        | Moral.....                                  | 159 |
| Imprevisión.....             | 109    |   |     |
| Incapacidad .....            | 83     | <b>“N”</b>                                  |     |
| Inexistencia .....           | 151    | Nacionalidad.....                           | 84  |
| Inoponibilidad .....         | 151    | Nombre.....                                 | 82  |
| Institución (teoría).....    | 45     | Norma jurídica .....                        | 47  |
| Integración (de la Ley)..... | 129    | Normativa (teoría).....                     | 46  |
| Interpretación.....          | 55-125 | Nulidades .....                             | 152 |
| Islam.....                   | 14     |   |     |
| Israel.....                  | 6      | <b>“O”</b>                                  |     |
|                              |        | Ordenamiento jurídico.....                  | 57  |
| <b>“J”</b>                   |        |   |     |
| Jesús (muerte de).....       | 15     | <b>“P”</b>                                  |     |
| Jurisprudencia .....         | 105    | Pago de lo no debido.....                   | 109 |
| Justicia.....                | 114    | Parentesco .....                            | 86  |
|                              |        | Patrimonio .....                            | 86  |
| <b>“L”</b>                   |        | Personalidad (atributos) .....              | 82  |
| Lao-Tse.....                 | 5      | Personalidad (derechos).....                | 82  |
| Ley.....                     | 101    | Personas físicas .....                      | 81  |
| • Clasificación.....         | 102    | Personas jurídicas.....                     | 87  |
| • Fraude .....               | 108    | Personas naturales.....                     | 81  |

|   |     |   |     |
|---|-----|---|-----|
| Positivismo jurídico .....                    | 35  | Supervivencia (de la Ley) .....           | 133 |
| Presunción (de conmorencia) .....             | 82  | Supuesto jurídico .....                   | 73  |
| Principios del ordenamiento<br>jurídico ..... | 59  | Supuesto jurídico<br>y consecuencias..... | 73  |
| <b>"R"</b>                                    |     | <b>"T"</b>                                |     |
| Reforma .....                                 | 24  | Técnica                                   |     |
| Relaciones (teoría) .....                     | 46  | • De la relación .....                    | 46  |
| Relaciones (jurídica).....                    | 74  | • General del Derecho .....               | 37  |
| Retroactividad .....                          | 131 | • Jurídica.....                           | 123 |
| Roma.....                                     | 11  | Teoría normativa.....                     | 46  |
| Renacimiento.....                             | 23  | Transferencias .....                      | 78  |
| <b>"S"</b>                                    |     | Transmisión.....                          | 78  |
| Sanción.....                                  | 74  | <b>"U"</b>                                |     |
| Sanciones civiles.....                        | 151 | Ultraactividad .....                      | 134 |
| Seguridad .....                               | 118 | Usos sociales.....                        | 159 |
| • Simulación.....                             | 147 | <b>"V"</b>                                |     |
| Situación jurídica.....                       | 131 | Valores jurídicos.....                    | 113 |
| Subrogación.....                              | 134 | Vicios de la voluntad .....               | 148 |
| Sujetos de derecho.....                       | 80  | Vigencia de la Ley .....                  | 124 |

# Teoría general del derecho



En la presente obra se desarrolla gran parte de la teoría general del derecho, que ha sido expuesta a través del tiempo.

El autor ha agregado comentarios sobre temas que, aunque no corresponden específicamente al desarrollo del derecho, sí tienen que ver con la aplicación del mismo en determinados e importantes momentos históricos. Tal, por ejemplo, la ejecución de Cristo que es utilizada por el autor para estudiar, no sólo apartes del ordenamiento jurídico romano sino también la ley penal judía en esa misma época, de gran trascendencia en la historia del mundo.

El uso de anécdotas en las que figuran conocidos personajes de la historia, es otro de los recursos del autor para refrescar los sucesos estudiados.

**Área: Ciencias Políticas**  
**Colección: Derecho**

**ECOE**  
EDICIONES

ISBN 978-958-648-750-4



9 789586 487504