

Características generales de las normas jurídicas

General characteristics of the legal rules

Autor: Eduardo Umaña Luna

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v17.n34.2019.12916>

Para citar este artículo:

Patiño Rojas, J. (2019). Características generales de las normas jurídicas. *Derecho y Realidad*, 17 (34), 133-153.



Características generales de las normas jurídicas

General characteristics of the legal rules

Eduardo Umaña Luna Q.E.P.D.

(1923 – 2008) Desde 1953 y hasta su fallecimiento fue catedrático de sociología y derecho de la Universidad Nacional, fue uno de los intelectuales y humanistas más importantes del país. Sus disertaciones magistrales sobre Derechos Humanos han dejado una marca indeleble en la academia colombiana.

Fecha de recepción: noviembre 2018

Fecha de aceptación: noviembre 2019

Cómo citar este artículo/to reference this article

Umaña Luna, E. (2019). Características generales de las normas jurídicas. *Derecho y Realidad*, 17 (34), 133 - 153.

Resumen: El presente tratado reúne nociones fundamentales del Derecho construidas a lo largo de toda una vida de ejercicio profesional y estudio académico de su autor, el Dr. Eduardo Umaña Luna (QEPD). Esta publicación póstuma se convierte no solo en un necesario homenaje para quien con su ejemplo y virtud defendió en la práctica jurídica los principios del derecho, sino en un imprescindible objeto de estudio para las generaciones actuales, pues no solo sus conceptos fundamentales siguen vigentes, sino que los cambios en las estructuras jurídicas del país permiten con este estudio hacer un comparativo histórico entre la realidad actual y la de aquella época. El artículo estudia las acepciones y aplicaciones de derecho, justicia y jurisprudencia, así como licitud e ilicitud, derecho natural, el historicismo y el derecho positivo y las diversas escuelas conformadas alrededor de dichos postulados.

Palabras clave: Derecho, justicia, jurisprudencia, derecho natural, historicismo, derecho positivo.

Abstract

This treatise brings together fundamental notions of Law built throughout a lifetime of professional practice and academic study by its author, Dr. Eduardo Umaña Luna (RIP). This posthumous publication becomes not only a necessary tribute for those who with their example and virtue defended the principles of law in legal practice, but also an essential object of study for current generations, since not only its fundamental concepts are still valid, but also that the changes in the legal structures of the country allow with this study to make a historical comparison between the current reality and that of that time. The article studies the meanings and applications of law, justice

and jurisprudence, as well as legality and illegality, natural law, historicism and positive law and the various schools formed around these postulates.

INTRODUCCIÓN

El lector tendrá en este artículo la oportunidad de acercarse a una parte de la gran obra de Eduardo Umaña Luna, uno de los intelectuales y humanistas más importantes de Colombia en los últimos tiempos. Autodidacta y errante el profesor Umaña Luna sufrió en carne propia los efectos de la violencia y la desigualdad social, encontrando en la academia la única opción para transformar en algo una Colombia insufrible en un país, en el que hablar de dignidad pudiera, algún día, llegara a tener sentido.

A sus importantes análisis sobre las estructuras sociopolíticas colombianas, su gran conocimiento jurídico y su carrera como maestro, se suma su lucha infatigable como defensor incansable de los Derechos Humanos. Recordamos con emoción sus palabras en las exequias de su hijo Eduardo, asesinado por los paramilitares, cuando dijo “Yo lo maté!, porque lo enseñé a defender la justicia y la verdad por encima de todo”.

En esta obra el autor hace un completo abordaje de los conceptos de derecho, justicia y jurisprudencia, al tiempo que un recuento detallado de la jurisdicción de ese tiempo en el país, lo que permite al estudiante o investigador realizar un análisis comparativo de la evolución de la estructura jurídica entre aquella época y el presente.

El estudio aborda posteriormente las nociones de licitud e ilicitud en sus orígenes históricos e implicaciones jurídicas, para analizar posteriormente el derecho natural, el historicismo y el derecho positivo y las diversas escuelas conformadas alrededor de dichos postulados. Un tratado simplemente brillante y necesario que permite acercarse de forma pedagógica a los principios fundamentales que estructuran el derecho. Una obra a la que no le pasa el tiempo y que refleja el profundo conocimiento de la ciencia jurídica del autor, develando igualmente su comprensión holística, producto de su formación humanista que lo llevo a ser uno de los fundadores de la facultad de Sociología de la Universidad Nacional, junto con Orlando Fals Borda y con su primo, Camilo Torres Restrepo.

Por su interés para la ciencia jurídica la revista Derecho y Realidad en alianza con el Grupo de Investigación Primo Levi se une -33 años después- a la publicación de esta obra en homenaje a su autor Eduardo Umaña Luna, que contiene elementos vigentes en materia de Introducción a Derecho. Resulta muy interesante revisar en el texto cómo en ese entonces los militares juzgaban a los civiles por determinados delitos, como los delitos políticos, sin garantía de ninguna especie. Por ello es que asuntos como el fuero militar reforzado riñen con el carácter democrático de un Estado.

El compromiso con la investigación que asume la revista va de la mano con la marcada importancia de defender una memoria histórica que no puede ser pasada por alto en estos tiempos de incertidumbre por un proceso de paz en vilo. Hay que seguir estos ejemplos de compromiso y sabiduría. ¡Sapere aude!

ADVERTENCIA PRELIMINAR A ESTE RESUMEN

El profesor de la materia (“Introducción al Derecho”) deja claro constancia de lo siguiente:

- a) Para la explicación de los conceptos “Estado” y “Nación” se utilizó el “Tratado de Sociología”, de Recasens Siches (Editorial Porrúa, S.S., México, 1.956. Páginas 460 a 462).
- b) En cuanto al resto de temas explicados, a excepción de los ejemplos correspondientes a la organización colombiana, la base fundamental fue la “Introducción Enciclopédica al Derecho y

a las Ciencias Sociales” de Arturo Orgaz (Editorial Assandri, Córdoba, Argentina, 1.959. Páginas 25 a 35 y 45 s.s.)

c) La teoría marxista del Estado y del Derecho no aparece en esta parte del curso, pues se trató en el capítulo de “Los grandes sistemas contemporáneos políticos-jurídicos”.

d) “Las características generales de las normas jurídicas” que es el presente tema genérico, se ha dividido en las siguientes partes:

I. Acepciones de las voces: derecho, justicia, juez, jurisprudencia, jurista, jurisconsulto, juicio, jurisdicción.

II. El ejemplo colombiano.

III. ¿Qué es lo lícito y lo ilícito?

IV. El Derecho Natural.

V. El historicismo.

VI. Derecho Positivo.

e) Antes y dentro del mismo curso el profesor publicó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional lo siguiente:

1. “El derecho en el mundo contemporáneo” (enero de 1.980) y

2. “Disciplinas que estudian los fenómenos jurídicos (junio de 1.980).

I. Acepciones de las voces: derecho, justicia, juez, jurisprudencia, jurista, jurisconsulto, juicio, jurisdicción.

a. DERECHO: Posee cuatro acepciones.

1. Regla de conducta socialmente obligatoria a cuyo cumplimiento puede ser obligado el infractor a cuyo cumplimiento puede ser obligado el infractor por parte del Estado.

La palabra Estado trae varios interrogantes, uno de ellos está relacionado con la confusión frente a la palabra Nación, para ello trataremos brevemente de exponer cada uno de los conceptos basándonos en el “Tratado General de Sociología” del profesor Luis Recasens Siches.

“Confundir el Estado con la Nación sería un gigantesco error, mejor dicho, un conjunto de grandes errores, que llevan a descomunales disparates teóricos, y a espeluznantes efectos en la vida práctica.

En primer lugar, adviértase que el contenido de la nación es muchísimo más rico que el contenido del Estado. Mientras que la nación comprende un sinnúmero de aspectos de la vida humana, ejerce una influencia sobre casi todas las actividades del hombre, es una especie de atmósfera colectiva que circunscribe e impregna un sinnúmero de conductas en nuestra existencia, en cambio el Estado es sólo una organización pública, una armazón jurídica, el órgano formalmente establecido del Derecho, aplicador de éste, el Derecho en su vida dinámica y actuante, que comprende sólo un cierto número de aspectos taxativamente determinados de nuestra vida, y nada más.

En segundo lugar, dentro de la comunidad nacional, incluso bajo la presión de su específica atmósfera, hay un enorme margen para la espontaneidad individual y para la espontaneidad colectiva. Por el contrario, el Estado entraña la imposición coercitiva de unas ciertas conductas específicamente determinadas; es, por lo tanto, el reino de la coacción latente o en acto sobre ciertos aspectos de la vida humana.

Mientras que no es posible enumerar las funciones de la nación, porque la nación es una comunidad total o supra funcional, en cambio es perfectamente posible enumerar con toda precisión las funciones del Estado, las cuales están definidas por el Derecho y desde el punto de vida estimativo, es decir, desde el punto de vista de la axiología jurídica, se debe proclamar que hay en la vida humana aspectos, precisamente los más importantes, que deben quedar exentos de toda

regulación taxativa por el Derecho, v.g: la conciencia, la autonomía personal, conocer, proclamar y garantizar las libertades fundamentales del sagrario de la personalidad individual, el cual es la sede de valores mucho más altos que los que puedan encarnar en ninguna institución social pública o privada.

También desde el punto de vista valorativo hay que proclamar que así como el Estado no debe ser un fin, sino debe ser un medio al servicio de los individuos y nunca el individuo debe ser degradado a un mero medio para el Estado, así también la nación no debe ser para el Estado, sino al revés, el Estado debe ser para la Nación. El Estado no es – no debe ser más que una máquina situada dentro de la Nación para servirse a ésta. Jamás la Nación debe estar al servicio del Estado, sino al revés. El Estado es y debe ser tan sólo un instrumento al servicio de la vida nacional.

Las varias figuras del Estado totalitario, todas ellas monstruosas y engendradoras de las peores catástrofes, no sólo degradan al hombre, al individuo, que es el único ser humano **substante**, privándolo de su dignidad y reduciéndolo a la condición de pura pasta para alimento del Leviatán, sino que además aherrojan, oprimen a la nación, tratando de arrebatarles su espontaneidad y por lo tanto las fuente de su verdadera vida. Por eso dije que el confundir la Nación con el Estado no es sólo un tremendo dislate teórico, sino que es además una descomunal fechoría, un verdadero crimen.

Aclaremos también que mientras que la nación es uno de los máximos de comunidad, en cambio el Estado es una asociación.

Otra diferencia entre Nación y Estado consiste en que como certeramente comenta Hermann Héller, la nación no presenta por lo general una unidad total de voluntad política, sino que por el contrario suele contener varias direcciones políticas. Por el contrario, el Estado, precisamente desde el punto de vista sociológico, constituye una unidad de decisión política. El Estado, mediante la unidad del ordenamiento normativo, que se obtiene en virtud de la organización de las instancias o competencias estatales, según lo determinado en el sistema de Derecho, produce prácticamente una unificación de la voluntad política. Ahora bien, esa unidad de acción política producida por el Estado no tiene una correspondencia exacta en la realidad de la nación; pues, aun en los casos de pleno apogeo nacional existe siempre, frente a la voluntad unitaria del Estado, un grupo de la nación que disiente de aquella en cuanto a los fines o respecto de los medios.

Volviendo al término Derecho, tenemos que puede expresar lo normativo como regla de conducta o forma institucional consagrada, como cuando dice “El Derecho en ese país adelantado” es decir, nos estamos refiriendo al derecho “objetivo”, entendiéndolo así porque el Derecho posee cierta realidad externa, siendo objeto real y porque organiza situaciones reales hipotéticas de la vida del ser humano, por eso se denomina derecho norma.

2. Otra acepción del término Derecho se refiere a la pretensión legítima para exigir algo del Estado o de un sujeto privado. Cuando se afirma “Tengo derecho a...” quiere hacer referencia a un poder, a una facultad, no arbitraria sino fundada en el orden jurídico. Por eso se dice que esta acepción corresponde a derecho en sentido subjetivo, o sea, referido al sujeto titular que por esa razón lo invoca. Al respecto manifiesta Tuhr:

“El elemento esencial en el concepto del Derecho no es el interés protegido, sino el poder volitivo que se le reconoce a la persona en defensa de su interés”.

Resulta claro que las relaciones jurídicamente reconocidas constituyen el fundamento del derecho subjetivo o derecho facultad.

3. Otra acepción del vocablo Derecho, olvidada por los textos corrientes, es la de concepto o criterio doctrinario acerca del contenido de la justicia. Es el Derecho en sentido filosófico como idea o como forma lógica. Cuando decimos:

“X escribe una obra filosófica de Derecho” no hacemos referencia al Derecho objetivo ni objetivo ni subjetivo, sino a la concepción de lo jurídico. Es el derecho concepto.

4. Tampoco recogen los textos usualmente una cuarta acepción de la voz Derecho, referida a tasa, impuesto o valor que se paga o se percibe por “derecho de timbre” y de “derecho de peaje”, no se alude ni a norma, ni a facultad, ni a conceptos jurídicos. Se trata de otra cosa. Es el derecho valor.

Las cuatro acepciones especificadas, empero, no constituyen otras singularidades independientes; todas ellas poseen estrecha vinculación. El fundamento lo constituye el Derecho- norma. De él emergen los otros sentidos. La facultad o poder legítimo de invocar o exigir jurídicamente algo, carecería de toda significación si no existiera una norma que lo sustentara. En verdad tratase de una especie de personificación de la norma. Decía algo muy cierto, pues, Shylock, al demandar a Antonio, cuando pretendía que por su boca hablaba al Derecho de Venecia. Desaparecerían también los derechos de tasa o de retribución de servicios de no existir previamente una norma encargada de fijarlos.

Por último, el concepto o idea del Derecho sería inconcebible si el Derecho normativo no preexistiera como material para la elaboración doctrinaria filosófica y crítica.

b. JUSTICIA. El tema de la justicia ha demandado desde antiguo, constante preocupación. Filósofos, teólogos y jurisconsultos han procurado descubrir su esencia, formular su cabal concepto. A través de las distintas y a veces, nada coincidentes opiniones, se advierte una conformidad fundamental sobre aquéllas es virtud suprema, tanto en el hombre como en el Estado.

Platón entendió que por la Justicia, el hombre “*se acerca a los dioses, a los demás hombres y a los muertos. Forma “la madre de las virtudes particulares de las tres almas”* (inteligencia, sensitiva y moral). Siendo la justicia una especie de imitación o emulación de la divinidad, para lograrla se requiere educarse pero, a la verdad, sólo se logra plenamente en el hombre “en grande” que es el Estado. Para Aristóteles la justicia es virtud consistente en la proporción de las acciones. En Roma se la concibió como virtud civil que nace de la recta voluntad y se dirige al equitativo obrar. Decían, con la autoridad del Ulpiano: “es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” (*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*). Santo Tomas de Aquino, en su “*Summa Theológica*”, se refería a la justicia que sirve para “ordenar al hombre en sus relaciones con lo demás puesto que implica cierta igualdad, como lo demuestra su propio nombre, pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan y la igualdad es con otro”. Tanto en la idea de proporción como en la de relacionarse con los otros rectamente, coincide el de Aquino con Aristóteles y Ulpiano. Conviene no olvidar por lo demás, que anteriormente a los cuatros pensadores citados Pitágoras había caracterizado a la Justicia como armonía o igualdad, encontrado su símbolo en el cuadrado de los números que se obtiene multiplicándolos por sí mismo, vale decir, dos identidades.

La concepción jusnaturalista que inicia Hugo Grocio y prosiguen Tomasio, Puffendorf, Wolff, etc. (siglo XVII y XVIII) concibió el Derecho y por consiguiente, su meta ideal de Justicia, como sustancia absoluta y trascendente, siguiendo de cerca a Aristóteles. Mas modernamente, se han elaborado numerosas concepciones para decir el “problema” de la Justicia; todas parten de un criterio particular o de escuela y por eso, se dan orientaciones harto dispares, sin olvidar algo muy significativo a saber: que a veces, se discurre sobre el tema entendiendo que la justicia ha de ser la ley última del Derecho, al revés, que éste es la concreción de aquélla. Han conocido, pues, doctrinas o conclusiones sobre el tema, desde los más variados respectos: católico, positivista, pragmatista, empirista, crítico-idealista, etc.

Del Vecchio, al considerar interesadamente el “problema de la justicia” concluye destacando que no debe confundirse a ésta con “el culto de la legalidad” ni se podrá olvidar que entraña una lucha incesante por criterios de armonización, pues los elementos de aquélla son: bilateralidad, paridad, reciprocidad, intercambio y retribución. Lo que, en suma, importa el criterio de igualdad, de antiguo advertido y afirmado, más el principio de reciprocidad, intercambio y retribución.

Lo que, en suma, importa el criterio de igualdad, de antiguo advertido y afirmado, más el principio de reciprocidad. Su ley sería: que “todo sujeto sea reconocido por los demás en cuanto vale y que cada uno sea atribuido, por lo otros, aquello que le pertenecer”. Se está, pues, en el plano valorativo o axiológico, por una parte, y en el de la solidaridad por otra.

Stammler, preocupado por formular el criterio de Justicia se pregunta cuál es la “cualidad fija” o lógica de nuestros juicios. Pero eso será sólo posible, en el sentir del profesor germano, “remontándose a la noción fundamental del Derecho”. Encuentra finalmente, que ese criterio nos conducirá a esta fórmula: “justicia es la orientación de una determinada voluntad jurídica en el sentido de la comunidad pura”. Esta consiste en la vinculación de hombres nivelados en la aspiración de “una comunidad de libres voluntades”, con lo cual Stammler, prescindiendo de todo punto de vista histórico o realista, enuncia el principio esencial para que, formalmente se exprese el sentido último y permanente de la justicia.

En tanto el Derecho es “el verdadero precipitado histórico de las diferentes ideales de justicia”, ésta es la idea, el criterio de cierto estado social concebido utópicamente, al modo como Stammler pudo concretar su fórmula del “derecho justo”, en que se combinan los principios de igualdad, solidaridad y libertad para alcanzar un vasto horizonte de civilidad.

La idea de Justicia, por tanto, resulta de un ideal de proporción, igualdad y solidaridad en la vida humana, a que se atribuye la virtualidad de darnos una imagen superior de la conciliación universal. De ahí es que, superados los excesos teológicos y metafísicos, abandonado el seco y pedestre realismo positivista, han resurgido en nuestros días el imperativo de la Justicia dotada de nueva atracción para el alma y la conciencia, a manera de indestructible línea de apenas entrevisto horizonte de la perspectiva humana. Pues, conforme lo expresó Ferrara, “Justicia, Belleza y Verdad son otras tantas abstracciones pero abstracciones fecundadas y notorias de nuestra vida espiritual, si bien en campo diverso: verdad en el conocimiento; Belleza en el sentimiento; Justicia en el de las acciones”. Pero agreguemos, el ideal de Justicia no se traduce empíricamente en los hechos y acciones si éstos no corresponden, real y fervorosamente a un ideal de justa voluntad realizadora.

c. JUEZ. Denomínese “juez” al funcionario con competencia legal para aplicar el Derecho en los casos concretos que conducen a juzgamientos sobre determinación de derecho o sobre imposición de sanciones.

Suelen distinguirse los jueces, especialmente dentro del orden penal, en “de hecho” y “de derecho”. A los primeros compete la instrucción de sumarios y diligencia tendientes a esclarecer el cómo, el cuándo, el porqué y el quién o quiénes de los sucesos delictuosos. Corresponde a los segundo el conocimiento y la sanción, conforme a Derecho, de los delitos y las responsabilidades emergentes. Se los llama, por eso, “jueces de sentencia”.

A ciertos jueces especiales que suelen designarse por las partes en determinados litigios, se los denomina “árbitros”.

Por últimos, se distinguen en “letrados” y “legos”, según posean o no título de técnicos en Derecho.

Sinónimo anticuado de “juez” es “juzgador” y contemporáneo, “magistrado”.

En otro aspecto puede distinguirse el “juez” en individual o colegiado, según actúa por sí sólo o en cuerpo como cámaras de justicia, jurados, etc.

d. JURISPRUDENCIA. El vocablo “jurisprudencia” posee más de un sentido. Los jurisconsultos romanos, en época de indiferenciación entre el derecho humano (jus) y el Derecho divino (fas), la tuvieron por ciencia que abarcaba ambos órdenes, cuyo contenido era la justicia. Ha quedado clásica la definición de Ulpiano: “*divinarum atque humanarum rerum notitia: justi atque injusti scientia*”, es decir: “conocimiento de las cosas divinas y humana; ciencia de los justo y de los injusto”.

Actualmente este término posee dos acepciones. Una de ciencia del Derecho Positivo. A eso se hace referencia en las frases “estudios de Jurisprudencia” y “Academia de Jurisprudencia”. Otra, de forma o modo reiterado cómo los tribunales aplican el Derecho. En ese sentido toda vez que se hace referencia a que “existe jurisprudencia” se desea destacar la constitución de una constante en las decisiones judiciales sobre la manera de interpretar y aplicar el Derecho. En algunos países se estima tanto el aporte jurisprudencial como se le considera fuente subsidiaria o complementaria de la legislación. Esto se vio claramente al estudiar los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos.

e. JURISTA. La palabra “jurista” designa al científico del Derecho que estudia las cuestiones con propósito doctrinario. Un filósofo del Derecho, pues, debe ser llamado mejor que jurisconsulto o jurisperito.

I. EL EJEMPLO COLOMBIANO

La justicia ordinaria comprende tres áreas, a saber:

- 1) Área penal.
- 2) Área civil.
- 3) Área Laboral.

Existe además, otras ramas especiales; por ejemplo

- a) Contencioso-Administrativo.
- b) Penal-aduanero.
- c) Penal-Militar.
- d) Jurisdicción de menores.

Tomando el Municipio como entidad política básica, encontramos que en cada Municipio hay un juez que se denomina Juez Municipal, que conoce ciertos negocios jurídicos, de acuerdo con los códigos de procedimiento. Puede ser de dos clases:

Juez Municipal en lo Civil y Juez Municipal en lo Penal. En municipios pequeños el civil también conoce los negocios de tipo laboral (en primera instancia).

En municipios más pequeños existe un solo juez que conoce todos los negocios y se llama juez Promiscuos Municipal. Todos estos jueces conocen los negocios en Primera Instancia.

En un nivel superior se encuentran los jueces de Circuitos en:

- 1) Civil
- 2) Penal
- 3) Laboral

Varios municipios componen en Circuito. Cada Circuito tiene jueces de Circuitos (penales y civiles) que pueden ser:

- a) Juez de Segunda Instancia, en cuanto revisa lo que hace el Juez Municipal;

b) Juez de Primera Instancia, siendo su superior el Tribunal Superior del Distrito Judicial. Este Tribunal superior revisa el juez del Circuito, en segunda Instancia.

Para efectos organizativos de la justicia, el país está dividido en Distritos Judiciales y en cada Distrito existe un Tribunal Superior, con competencia sobre su territorio. Cada Tribunal Superior se divide en tres salas:

- a) Sala Penal.
- b) Sala Civil.
- c) Sala laboral.

La segunda Instancia de los negocios que en primera instancia corresponden al Circuito, los reis la Sala correspondiente del Tribunal Superior. No todo negocio que ha conocido el Juez del Circuito, lo conoce el Tribunal; solo conoce lo que en el circuito se haya resuelto en primera instancia.

f. JURISCONSULTO. En la antiguo Toma, "Jurisconsulto" era el docto y perito en cuestiones jurídicas, especialmente de carácter civil y referidas no puramente al aspecto doctrinario sino al práctico y forense.

Sus dictámenes llegaron a poseer valor de ley.

Hoy se llama jurisconsulto al técnico doctrinario del Derecho que, en especial, se dedica a la labor escrita de propósito institucional. Por eso a Veléz Sársfield conviene mejor el título de jurisconsulto que el de jurista. Es sinónimo de "jurisconsulto", "jurisperito".

g. JUICIO. Posee acepción estricta y lata. La primera denota pugna y oposición de pretensiones entre partes, planteada ante el juez. La segunda, además de la anterior, designa procedimientos en que no existe propiamente contención ni parte con interese contrapuesto. A aquélla corresponde el tipo "contencioso"; a ésta el "no contencioso" o de instancia voluntaria.

h. JURISDICCION. Denominase "jurisdicción" a la potestad que posee la autoridad, judicial o administrativa, para aplicar y ejecutar las leyes y otras reglas, con respecto a determinadas personas y cosas. De ahí la destinación en jurisdicción "*rattione personae*" y "*ratione materiae*". Por ejemplo: un juicio por reivindicación de un inmueble corresponde a determinado juez civil.

Para ilustrar mejor los vocablos anteriores vamos a tomar algunos ejemplos de la organización de la justicia en Colombia.

Competencia es la facultad que cada juez o magistrado de una rama jurisdiccional tiene, para ejercer la jurisdicción en determinados asuntos y dentro de cierto territorio. Un Juez es competente para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento sin prescindencia de los demás, que ejercen igual jurisdicción, en el mismo territorio o en territorio distinto.

La función del juez es dirimir los conflictos de intereses que se presentan en una comunidad. Esos conflictos de intereses pueden estar bajo la supremacía del orden público o privado, por ejemplos: en el derecho penal prima el interés particular, no está de por medio el orden social; pero pueden existir situaciones mixtas de orden públicos y privados es lo que denomina los tratadista el tercer derecho, forma que aparece con la revolución industrial donde aparecen enfrentados dos estamentos: capital y trabajo, en el derecho laboral. Lo anterior, nos conduce a pensar que los procedimientos para aplicar la ley respectiva son diferentes por eso existen procedimientos de orden público, privado y mixto.

NOTA: En lo penal existen algunos negocios, que corresponden a un juez especial que se llama Juez superior, cuyas decisiones revisa la Sala Penal del respectivo Tribunal.

Los Tribunales se dividen en tres Salas. Cada Tribunal tiene diferente número de magistrados, de acuerdo con el número de habitantes. Cada Sala se divide a su vez en Salas de Decisión, que a su vez están integrados por tres magistrados: uno prepara la ponencia, los otros dos la estudian; cada Tribunal ejerce funciones de primera o de segunda instancia. Hay negocios que conoce en primera instancia y los revisa la Corte Suprema de Justicia.

La Sala penal del Tribunal Superior del Distrito conoce la segunda instancia, tanto de los circuitos, como de los jueces superiores. Estos jueces Superiores no tienen nada que ver con el Circuito y conocen negocios de Primera Instancia.

Además existen jueces en lo penal, que son los jueces de Instrucción Criminal; tiene categoría de juez de Circuito, pero su función es únicamente para la Instrucción. No tienen la facultad de calificar los procesos.

El proceso penal posee dos etapas. Para aclarar el anterior concepto se tiene:

- a) Investigación (sumario).
- b) Estudio de la investigación para dictar sentencia de primera instancia, que puede ser absolutoria o condenatoria, y que por apelación o por consulta, va a la segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia sirve de segunda instancia en aquellos negocios que conoce el Tribunal en primera instancia; está integrada por cuatro salas:

- 1) Penal.
- 2) Civil.
- 3) Laboral
- 4) Constitucional.

Las Salas de Casación Laboral, Penal y Civil conocen de dos recursos extraordinarios, que son el recurso de Casación y el recurso de Revisión. La Sala constitucional no conoce de estos recursos, sino de problema de orden constitucional. Cuando se reúnen las cuatro salas, para ciertos efectos, se denominan Sala General.

Jueces de hecho y jueces de Derecho. El juez de hecho es el que decide en conciencia sin estar sujeto a las reglas del derecho. Por ejemplo: los jurados de conciencia, que dictan su veredicto. Los jueces de derecho tienen en cuenta el derecho están sujetos a sus reglas, revisan lo que fallan los jurados de conciencia.

Árbitros. El Código Civil autoriza en ciertos casos, que particulares intervenga en un proceso. Estos particulares son nombrados por las partes sin ser jueces, pero en el momento de adquirir la calidad de árbitro se convierte en jueces y sus sentencias tienen carácter legal. Por ejemplo existen árbitros en lo laboral en las etapas de conciliación y arbitramento.

Jurisdicciones Especiales. (Ejemplos):

1) Jurisdicción Penal Aduanera. Como su nombre lo indica, es la encargada de atacar el delito de contrabando. Posee varias categorías.

- a) Primera instancia, jueces aduaneros.
- b) Segunda instancia, Tribunal Superior de Aduanas (Nacional)

c) Recurso de Revisión o Casación, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2) Jurisdicción Penal Castrense. Esta regulada por el Código de Justicia Penal Militar (o sea, especial castrense). Está jurisdicción en principio, conoce de los delitos militares cometido por militares con ocasión del servicio (Art. 170 de la Const. Nal.)

Pero por reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se permite que, en los eventos contemplados en el artículo 121 de la Constitución Nacional, el gobierno nacional, cuando lo considera necesario y en miras de restablecer el orden público, podrá ordenar que la Justicia penal Militar juzgue a particulares a través de los Consejos Verbales de Guerra. Esta jurisdicción tiene funcionario de Primera Instancia, que van desde los jueces de instrucción. Por lo general, los jueces de primera instancia para los civiles son los comandantes de Brigada. En los Consejos Verbales de Guerra hay jueces de hecho que son los vocales que dicán veredicto, equivale a los jurados con la diferencia que en la justicia ordinaria los jurados es escogen por sorteo, mientras que los Consejos Verbales de Guerra son militares y los nombra el Comandante de Brigada, por medio de una resolución, en donde se dice cuál es el Presidente, Fiscal, el Secretario, el Asesor Jurídico y los Vocales; cuando los procesados no nombran abogados, designa también a los defensores de oficio.

En la Justicia Penal Militar hay una segunda instancia constituida por el Tribunal Superior Militar, de jurisdicción nacional, que se divide también en Salas de decisión; estas Salas tienen un magistrado común, que el Comandante General de las Fuerzas Militares.

La Corte Superna de justicia puede y debe resolver los recursos extraordinarios de Casación y Revisión en lo referente a sentencia del Tribunal superior Militar.

3) Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Es la que vela porque no se comenta excesos jurídicos por parte de la administración pública; posee dos instancias. En cada departamento hay un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y la segunda instancia corresponde al Consejo de Estado.

4) Jurisdicción de Menores. Hoy contempla a los sujetos de los doce a los diez y seis años. Los menores de doce años los asiste el organismo protector que es el Instituto Colombiano de Bienestar Familia. De los doce a los diez y seis años conoce la justicia de menores que tiene dos categorías.

a) Civil y

b) Penal.

En algunos casos conoce en la segunda instancia la Sala del respectivo Distrito Judicial.

II. ¿QUÉ ES LO LÍCITO Y LO ILÍCITO?

Lo lícito o ilícito establece un distingo de las posibilidades de determinarse, en la vida práctica, por referencia a la conducta reglada. Lícito (del latín "licitum", permitido) establece la calidad de aquellos que puede cumplirse o realizarse por no contrariar la disposición legal o reglamentaria. Esa licitud resulta no sólo de la que está específicamente mandado o dispuesto en tal carácter, como cuando se realiza un contrato conforme a las determinaciones establecidas, sino, asimismo, cuando se obra, por vía de abstención, siempre que las leyes no imponga positivamente. De suerte que la esfera de lo lícito es sumamente amplia: se refiere a lo que está especificado legalmente y a lo que, sin estarlo, está permitido con arreglo a ese principio general del Derecho, según el cual, "todo lo que no está prohibido está permitido" y también, "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

Lo ilícito o ilicitud, resulta de alguna prohibición que lo estable, sin la cual no existiría. Suele comúnmente confundirse lo ilícito, lo inmoral o deshonesto, cosa que no siempre posee validez. Existen ilicitudes tales como omitir una solemnidad en los actos jurídicos, dejar de pagar un impuesto

que no son inmorales y al contrario, existen actos lícitos que aparecen conforme a los principios de la ética, pero que son inmorales como recibir pago de alquileres por adelantado.

Gregorio IX en las "Decretoales" estableció que "*por razón de necesidad, lo ilícito se hace lícito*"; es decir, el Derecho crea una especie de licitud excepcional. Así es sabido que el hurto y las lesiones personales o el homicidio constituyen delitos, esto es, actos gravemente ilícitos.

Sin embargo, en estado de necesidad (peligro de sucumbir por hambre o subsistencia inmediata y las lesiones o muertes que se causan al obrar en legítima defensa, pierde su sustancialidad ilícita y se vuelven hecho lícitos porque la misma ley, previéndolos, autoriza excepcionalmente a realizarlos sin incurrir en violación legal. Inversamente: puede ocurrir que actividades lícitas originariamente venga a convertirse en ilícitas cuando el abuso penetra en ella para cambiar su realidad desde el punto de vista del derecho, aun sin que se advierta enteramente modificación apreciable. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un padre o tutor ejerce, respecto de su hijo o del pupilo, respectivamente la función correctiva o cuando la autoridad policial procede a la detención de personas. En sí mismo, esos hechos son legítimos, vale decir, lícitos, pero si el padre o el policía prolonga indebidamente o más allá de los términos legales la detención de personas, pasa las situaciones inicialmente lícitas a ser ilícitas, engendrando las responsabilidades consiguientes para quienes, debiendo obrar con licitud, lo hicieron ilícitamente.

III. EL DERECHO NATURAL

Sentido antiguo y moderno de la expresión "Derecho Natural"

Una de las más firme categorías relativas a las concepciones jurídicas es la del Derecho Natural, entendida de modo diverso, como se verá, pero expresiva siempre de un valor normativo perfectible y trascendental.

En lo más remoto pueblos de oriente y occidental, la opinión de los filósofos y la tradición jurídica, denotan la preocupación existente de antiguo, por la imagen absoluta del Derecho, tan absoluta como la divinidad donde tenía su fuente. La casi mítica legislación babilónica, recogida en el varias veces milenario código de Hammurabi, nos presenta al príncipe de ese nombre, como intérprete y ejecutor del Derecho elaborado por Bel, el señor del Cielo y la Tierra y por Narduk, hijo del señor Ea, el Dios del Derecho. En el Derecho y la Justicia cual expresiones de la voluntad divina. Otro tanto ocurrió entre los hebreos y persas.

La visión panteísta de los estoicos, determinó una interesante concepción iusnaturalista. La Naturaleza se componía a la vez de la idea de Dios y la razón. El hombre, criatura racional, debía obrar conforme a la naturaleza.

El Derecho Natural era expresión de la Razón Universal, de la que participaban todos los hombres, sin excepción. El principio de igualdad y de comunidad eran reglas supremas del Derecho Natural. Rigieron en el mundo humano mientras no existieron el egoísmo, la ambición y el poder despótico.

Cuando aparecen estos vicios, el Derecho Natural de la primera edad feliz se vuelve impracticable. Entonces se origina lo que podría llamarse un Derecho Natural "relativo" condicionado por la idiosincrasia deficiente de la criatura humana. Este es Derecho Natural "absoluto". Remedios de tales expresiones se hallan en las doctrinas jurídicas de la Edad Media y la Revolución Francesa. Así también, en el pensamiento heleno, se reconocen dos órdenes jurídicos, no contrapuestos pero sí de distinta categoría: el de las leyes escritas y el de las no escritas, de los dioses, que venía a servir de modelo a aquéllas. Tal fue la opinión de Architas de Tarento. Sócrates, a su vez, distinguió la ley escrita del Estado y la ley no escrita de los dioses. Aristóteles separó lo "*justo legal*" de "*lo justo natural*".

Sin duda, influidos por la enseñanza de los estoicos, filósofos y jurisconsultos romanos expusieron conceptos del Derecho natural que, sustancialmente, coinciden con los de aquéllos. Cicerón expresó:

“El Derecho verdadero es la recta razón, conforme a la Naturaleza. Llama al hombre al bien con sus preceptos y a lo aleja del mal mediante sus prohibiciones”.

Sostenía asimismo que era de validez absoluta y universal. Posee valor clásico la tríada que distinguía el Derecho positivo o vigente, según los jurisconsultos en tres círculos concéntricos: Derecho civil, Derecho de Gentes y Derecho Natural. El primero era únicamente referido a los ciudadanos de Roma; el segundo, constituía el conjunto de normas (usos, costumbres, principios, tradiciones) aplicable a todos los hombres, sin distinción. Gayo expresó al respecto:

“Aquello que la razón natural (“*naturalis ratio*”) estableció entre todos los hombres y se observa entre todos los pueblos, es llamado “*jus Gentium*” por ser el Derecho que todas las gentes emplean, por ser el Derecho que todas las gentes empleaba”.

“En cierto modo se confunde el “*jus Gentium*” con el “*jus naturale*”, puesto que aquel era el Derecho que, conforme a la naturaleza humana, dictaba la razón natural. Y tenía carácter universal, eterno, intangible. Sin embargo, acentuándose el poder del pensamiento Estoico, según se presume, fue distinguiéndose entre lo que es conforme a la razón para los pueblos, de la que es conforme a la naturaleza. Y se afirmó, por ejemplo, que la esclavitud era una institución del Derecho de Gentes (*just gentim*), es decir, universal, pero “*contra natura*”, de que equivalía a separar ciertos aspectos jurídicos referidos a la razón de las gentes para imputarlos al imperativo de la naturaleza.

Por fin, Ulpino, en el siglo III de nuestra era, lo definió como:

“aquello que la naturaleza enseñó a todos los animales” (*quod natura omnia animalia docuit*).

Se hacía referencia, por lo tanto, a una norma que no era las correspondientes al “*jus Gentium*” y en que no había distingo posible entre libres y esclavos, entre hombre y bestia. Así entendido, el Derecho natural significaba la ley del instinto.

Durante la Edad Media, la idea del Derecho Natural se impregna de sentido religioso, aunque los teólogos muestren, en base de sus concepciones la clara influencia aristotélica- romana, sin dejar de entreverse también elementos de la filosofía estoica. Era un Derecho que la razón humana recibía, como mandato divino, merced a la revelación. Se imponía distinguir entre un Derecho Natural absoluto, que era la ley divina pura, y el Derecho Natural relativo, que los hombres conocían a causa del pecado original. Aquél no distinguía entre amos y siervos, ni entre libres o esclavos, ni entre lo mío y lo tuyo, en tanto que el Derecho Natural relativo constituía un conjunto de reglas fundadas en la imperfecta naturaleza humana, alterada por que pecado. En la “*Civitas Dei*” (Ciudad de Dios) que imaginara San Agustín, imperaría el Derecho Natural Absoluto y en la Ciudad del Hombre o terrena, el relativo. Aquél constituía el modelo inagotable para éste. En Santo Tomás, el Derecho Natural (ley natural) está formado por un conjunto de principios universales, abstractos y eternos, que la divina revela al hombre y éste recibe por la razón. Es un aspecto de la ley divina y un reflejo de la ley eterna.

Pero falta formular la tesis del Derecho Natural con intención estrictamente humana, podríamos decir; como arma filosófica para la realización del hombre jurídico, emancipado de la tutela teológica y de la sujeción despótica. Era misión reservada a la escuela clásica del Derecho Natural, reinante en los siglos XVII y XVIII, como consecuencia de estados sociales en que laicas y religiosas, inspirando lemas como “*libre examen*”; “*despotismo ilustrado*”; “*mercantilismo*”; “*estado de naturaleza*”; “*derecho inalienables e imprescriptibles*”; “*pacto social*”; “*diosa Razón*”, etc.

Fue Hugo Grocio quien, en su célebre tratado *“De Jure: Belli ac Pacis”* (Del Derecho de la Guerra y de la paz) echó las bases del Derecho Natural racionalista. Opuso al Derecho Natural, independientemente de ambas, que *“existiría aunque Dios no existiese”*. La primera manifestación de semejante Derecho era el instinto o la vocación innata de vivir en sociedad (*“appetitum societatis”*).

Las razón era el maravilloso instrumento de que disponía el hombre para reconocerlo. La recta razón debía ser infalible para hallar la vía del Derecho y de la justicia. En tal concepto, la razón universal, eterna y a la vez elemental, había hallado cierto principio de Derecho Natural cuyo reconocimiento podía ser la prenda de la paz entre hombres y gentes. Tales: fidelidad a costumbres y pactos empeñados, respeto al dominio ajeno, deber de resarcir el daño culpable y penar las acciones injustas. Para Grocio, el Derecho Natural era *“el dictado de la recta razón que nos enseña si un acto tiene el carácter de necesidad moral o de bajera moral, según sea o no conforme a la naturaleza racional o social”*. No hay más juez ni más seguro del Derecho natural que *“la recta razón”*, se trataba de un producto metafísico, de base moral antiteológica.

También en el siglo XVII, aunque algunos años después, Tomas Hobbes formuló una teoría jusnaturalista, de base bastante diferente a la anterior. Partía de un supuesto estado de naturaleza acrático, en que los hombre se hallaban en perpetua guerra entre sé (*“bellum ómnium contra omnes”*) para la satisfacción de sus necesidades. Según la tan difundida frase *“el hombre era lobo para el hombre”* (*homo hominis lupus*). Así como en la naturaleza física, el Universo se compone de partículas atómicas iguales, en el mundo humano sus átomos- los hombres eran iguales. Todos, pues, tenían idénticos derecho a las mismas cosas, objeto de posesión por deseables y útiles.

En tales condiciones, el estado de perpetua guerra era el *“estado natural”* del que únicamente puedo salir cuando la razón, percibiendo las ventajas de la paz, procuró lograrla. Eso determinó la necesidad del Derecho Natural que era *“el dictado de la recta razón para establecer qué cosas ha de hacerse o no hacerse para conservar constantemente la vida a los componentes del grupo”*. En primer postulado del Derecho Natural hobbioano consistía en buscar la paz. De él se derivaban como consecuencias los demás principios cardinales de la convivencia: atenerse al riesgos de lo pactado, no ser ingrato, ser útil a los demás, no odiar tratar a todo hombre como igual a uno mismo, usar en común las cosas que no pueden dividirse. Estos principios gozan de condición *“eterna e inmutable”*.

Baruch de Spinoz, el celebrado autor del *“Tratado Teológico- político”* formuló una concepción bastante semejante a la de Hobbes, si bien extrajo conclusiones distintas, pues la de éste dieron base al absolutismo, en tanto que de aquél se afirmaban en un sentido liberal.

Mientras Hobbes había arrancado de un supuesto estado de naturaleza en que los hombres vivían en perpetua guerra, Locke suponía que en el más primitivo estado, los hombres vivieron plácidamente, dueño absoluto de su libertad y sin que se conocieran actos y violencia entre ellos. El principio de libertad e igualdad formaba la esencia del Derecho Natural es aquel estado edénico. Pero estando librada la garantía de ese derecho esencial a las posibilidades de cada uno, se vivía sin bastante seguridad. Entonces, fue preciso celebrar un pacto por el que cada cual entregaba a la comunidad su poder de defender su derecho para que el Estado o gobierno tutelase el derecho de todos, es decir hiciera efectiva la garantía. Tanto los gobernantes como los gobernados quedaban sometidos al Derecho Natural. En este último aspecto difería completamente de Hobbes, que dejaba en libertad al gobernante.

Según Rousseau, en estado de naturaleza el hombre es un ser pacífico y feliz, pues disfruta de las libertades esenciales, que son ajenas a su condición. La libertad, la igualdad, la propiedad de cosa para su uso, le estaba *“naturalmente”* discernida. Vivía en un estado individual aunque junto a otros seres de la especie. Cuando el ansia de mayor felicidad lo llevó a más altas ambiciones, fue preciso prevenir antagonismo se experimentó la necesidad de un *“pacto social”* que conservara y

garantizara los principios eternos y absoluto del Derecho Natural, por cuya virtud *“cada hombre, uniéndose a los demás quedara tan libre como antes”*

Las doctrinas jusnaturalista y muy especialmente la rousseauiana, produjeron extraordinarios efectos en la condición de los pueblos cuyo sentido de la vida busca motivos ideales para formular nuevas bases de convivencia.

Era explicable que así fuera, por cuanto el motivo central de la filosofía del Derecho Natural era reconocer los atributos esenciales de la personalidad. Hubo largo período- siglo XVIII y parte del XIV- en que se aludía en varios aspectos el “Derecho Natural” “la ley natural”, a “la naturaleza humana” y se perseguía “lo natural”, como principio eterno, por todas partes. En filosofía jurídica y política, así acontecía cuando se planteaba la naturaleza del Estado republicano y Montesquieu, el gran teórico, no hizo sino procurar construir un tipo de Estado que respondiera a una ley natural de equilibrio de los poderes, como realización definitiva de la mejor forma política para asegurar los derechos naturales de los súbditos. En economía, los fisiócratas proclamaron el *“laissez faire”* como fórmula de la ley natural que se impone en las relaciones de la riqueza, junto con la concepción de la agricultura como la industria natural. En educación se proclamó la necesidad de educar *“conforme a la naturaleza”* y Rousseau produjo su *“Emilio”*. Y las colonias norteamericanas, primero y Francia revolucionaria después, proclamaron *“los derechos del hombre y del ciudadano”* como consagración jurídica del Derecho Natural.

IV EL HISTORICISMO

En primer tercio del siglo pasado, empero, toma forma doctrinaria una concepción radicalmente antagónica que se yergue contra lo que se llama sarcásticamente “el dragón del Derecho Natural”. Es la Escuela histórica del Derecho. Sus principales paladines son: Savigny, Hugo, Puchta, Eichirbn, Goschen, Grimm, Hasse.

Cuando en 1814 cae Napoleón, el Código Civil de los franceses conocido por el Código Napoleón –venía rigiendo, por imperio de las armas, lo mismo en Italia que en Prusia y en Polonia, donde parcialmente dominaban las legiones imperiales. Producida la liberación, se creaba el problema de la instauración política de los pueblos antes sojuzgados y sometidos a la legislación civil francesa. En tales circunstancias, Thibaut, fervoroso de la codificación, lanzó la idea de dotar a la nación alemana de un Código Civil, fundándose no solo en las deficiencias de la vieja legislación consuetudinaria y de las adaptaciones parciales del Derecho Romano, sino en el efecto político unificador que produciría la adopción de un código común. Propiciaba, pues, la reunión de una asamblea de juristas encargados de dotar de Códigos Civil a los Estados alemanes, por una labor en que se refundieran sistemáticamente las normas escritas y consuetudinariamente, incorporándose aquellos aspectos de la legislación romana y del Código Francés que se estimaran útiles. Esta proposición del citado profesor de la Universidad de Heidelberg, fue replicada enérgicamente por Savigny en su afamado opúsculo intitulado: “espíritu del pueblo” y su mejor expresión eran los usos y costumbres, sobre los cuales la tarea jurisprudencial trabajaba; que el Derecho era una realidad genuina en cada pueblo, pues progresa con el progreso del pueblo, se fortalece con él y perece cuando la Nación pierde su personalidad. Resultaba, en consecuencia, artificioso e inconducente procurar un código para el pueblo alemán, si no se consideraba previamente su institución del “espíritu del pueblo” y era previsible que el más perfecto código, desde el punto de vista de la técnica, resultara inadecuado para las necesidades de la colectividad a que se destinaba. Se planteaba de ese modo, la fundamental disidencia en el campo del Derecho, entre la concepción racionalista o jusnaturalista y la concepción realista o historicista.

La Escuela Histórica negó que hubiera otra realidad jurídica que la positiva, contra la concepción de un Derecho Natural anterior y superior a los hombres; y negó que fuera el Derecho resultado de un

pacto o de un simple proceso voluntarista, porque muy al contrario, era un producto independiente de la voluntad humana, un fruto necesario de la espiritualidad de cada pueblo.

El golpe asestado a la concepción clásica del Derecho Natural por la Escuela Histórica fue rudo. A los sarcasmos de los historicistas no tardó un unir los suyos el positivismo que despectivamente se refirió a “la metafísica revolucionaria”.

La visión histórica, el método histórico, la explicación en el tiempo de las instituciones, determina la crisis del Derecho Natural, de sustancia trascendente y absoluta, cuya imagen elevada a categoría mística, explican las agitaciones y revoluciones de que fue pródigo en el siglo XVIII y los primeros años del XIX.

No fue difícil para la Escuela Histórica, demostrara la endeblez filosófica, la falsedad originaria del supuesto Derecho Natural. Pero decía la doctrina, se advertía por todas partes en los hechos, la recurrencia a principios que no eran los del derecho histórico; se veía a gobernantes y jueces invocar, aludir y hacer valer expresiones como: “justicia natural”; “equidad”; “prudente arbitrio”, etc., para decidir, saliéndose poco a mucho de los textos, advirtiéndose entonces que existía “algo” por encima de las expresiones históricas del Derecho, más allá de la letra, fuera de los usos y costumbres jurídicos, que permitía iluminar las soluciones, conforme a sentidos ideales de la justicia. Este influjo ideal en el campo del Derecho Histórico, vino a mostrar que si era científicamente insostenible el clásico Derecho Natural, no todo el Derecho cabía en las formas históricas del Derecho Positivo. “se volvió a hablar de Derecho Natural, conservándose el nombre tradicional pero dándole contenido nuevo. Se lo ha llamado Derecho Ideal y podría asimismo denominarse lo Derecho Natural Social.

Sería punto menos que imposible pasar revista al as nuevas concepciones sobre Derecho Natural, desde que bajo este nombre expresa Stammler “se comprende teoremas extraordinariamente numerosos y muy discordantes uno de otros; solo tienen una cosa de común y es que todos ellos tratan de obtener, mediante conocimiento racional, un principio universal y necesario para todo Derecho. Proponiéndose él mismo la cuestión, desde su actitud (aunque no declarada) neokantiana, llega a una concepción interesante, por cuanto tiende a superar la antítesis entre Derecho Natural y Positivo. Para él, no puede admitirse que el primero sea una sustancia eterna y universal, pero sí un “forma” así concebido, pues, constituye permanente exigencia racional y social de una idealidad por un “derecho justo” intrínsecamente, pero su contenido deviene con la vida social misma.

En nuestros días y prescindiendo de singularidades doctrinarias, se reconoce como legítima la existencia de un Derecho Natural bajo un nombre de Ideal o Derecho Justo o Equidad Natural o Derecho Potencial.

El resultado, no de una construcción racional arbitraria y fabulosa, sino de la experiencia social tamizada por la crítica y elevada a ideal de superación. La vida social en todo instante genera, entre otros precipitados, juicios, ideales y sentimientos, es decir apreciaciones deontológicas correspondientes a la justicia. Toman la forma de idealidades o anhelos de una vida más o arreglada a lo que se juzga equitativo; se formulan en doctrinas o teorías reformistas o revolucionaras que postula transformaciones más o menos radicales. Se crea un ambiente social, a veces agitado, a veces sereno, en que aparecen como contrapuestas las instituciones que “son” a las que “deberían ser”. Esta opinión –empírica filosófica- bien concretada o simplemente manifiesta de manera negativa, resulta de la antítesis entre el idea de una organización más conforme con criterio y sentimiento “maduros” o plasmadores y la manifestación efectiva de la vida. Es un Derecho “potencial” desde que se estima posible forma de superación, posee sustancia real, porque tiende a realizarse institucionalmente y es social porque en vez de resultar caprichosa metafísica, nace de la misma realidad viva organizada por un lento proceso de inadaptación y de crítica. Este Derecho natural social o ideal es subjetivo y asume manifestaciones varias. En algunos es más sentimientos que idea; en otros se convicción y

doctrina; para jueces atentos y justos es “derecho libre” o “equidad”; para gobierno comprensivos es “prudente arbitrio” para núcleos de acción es protesta e insurgencia”.

VII. Derecho Positivo

Es nombre tradicional el de Derecho Positivo con que se designa el conjunto de normas “puestas” por el hombre, establecidas, vigentes. Antiguamente no era raro concebirlas más o menos contrapuestas a otras, no originadas de las gentes sino de la divinidad o de la naturaleza.

Bajo diversas formas se presenta el Derecho Positivo, Unas son escritas; leyes, rescriptos, pragmáticas, decretos, reglamentos, constituciones, códigos, edictos, etc. Otras no escritas: costumbre, usos civiles y comerciales. Suelen denominarse “fuentes”, siendo en verdad “expresiones” o “manifestaciones. La fuente y la cosa no pueden separarse en este caso.

En verdad, Derecho Positivo tiene un sentido amplio aun cuando, rigurosamente, solo el vigente es positivo, el Derecho viejo o antiguo también puede denominarse tal en la acepción histórica.

En otro sentido, por referencia a la esfera que abarca, es antigua la distinción del Derecho Positivo en Público y Privado. Si se atiende a su naturaleza, se distingue en Sustantivo y Adjetivo, esto es “de fondo” o institución y de “de forma” u orgánico- procesal.

En cuanto a la materia o contenido, se distinguen “ramas” jurídicas: Derecho constitucional, administrativo, civil comercial, penal, procesal, de minería, internacional público y privado, eclesiástico, industrial y obrero, etc. El Derecho Positivo no siempre se entendió como manifestación relativa en el tiempo y en el espacio. Hemos citado antes, la opinión antigua que hacía referencia a un Derecho Positivo Absoluto: “Las leyes eternas y no escritas de los dioses” (Sófocles, Aristóteles, Sócrates, etc.) y otros Relativo: las leyes escritas y no escritas de los hombre. Ese pretendido Derecho emanado de los dioses o de la naturaleza, cuyos dictados se imponían al hombre, hacía del viejo Derecho Natural una postura absoluta del Derecho Positivo. Hoy, únicamente se tiene por éste al histórico social.

El Derecho Positivo corresponde a la misma realidad que se designa como Derecho Objetivo; solo que se trata de una única manifestación reguladora considerada a través de dos correlaciones distintas: lo positivo, se contrapone históricamente a lo natural o ideal; lo objetivo a lo subjetivo. Vale decir: el Derecho concreto, vigente o expresado bajo formas institucionales se contrapone a la mera idea abstracta, al concepto o al poder del sujeto que puede invocarlo. Se trata de categorías técnicas, por apreciación de lo jurídico desde puntos de vista especiales.

Nada más explicable que la relatividad del Derecho Positivo, verdadera “aproximación del ideal de justicia cuyas concreciones participan a la altura de los tiempos, de la idiosincrasia de los pueblos, vale decir, de cierta medida que las hace posible. Son formas de vida, realizaciones prácticas, fórmulas de convivencia. Más no se crea que la relatividad deba llevar un atomismo anárquico en cuya virtud hay tantos Derecho Positivos como época y pueblos. Porque en la base, sin perjuicio de la diversidad temporal o espacial, mediante la comparación, se verifica la existencia de elementos permanentes que denuncian la identidad sustancial de los fenómenos sociales, a colectividades. De no ser así, no habría sido posible el periodo de recepción del Derecho Romano por los pueblos del Continente, ni la adopción, con variantes a veces insignificantes, de instituciones jurídicas extrajeras, ni la concepción de un internacionalismo jurídico, sin mengua de los nacionalismos.

Hemos definido el Derecho Positivo como derecho-norma. Su realización y ejecución puede ser o no y para este último caso, posee la singularidad de imponerse colectivamente. Por lo demás, la expresión “orden social” y otras análogas, designan, bajo otras palabras, su permanencia necesaria, desde que, como se dijo antiguamente, “donde existe sociedad existe Derecho (*Ubi societas ibi jus*).

Fuentes del Derecho Positivo:

La expresión “fuente del derecho” no suele entenderse por los autores de la misma manera, de donde se ha originado cierta confusión, cierta prolija divergencia que ha hecho decir a uno de ellos que se trata de un “expresión equívoca”. En efecto: “fuente”, “surgente” o “manadero” del Derecho es susceptible de entenderse en sentido lato y en otro estricto. Por el primero se haría referencia a toda forma de manifestarse la concepción jurídica, tanto normativa como meramente doctrinaria y atiende al hecho de contenerse en ella “materia jurídica”. Vale decir, comprende tanto al derecho-norma como el derecho-concepto. En sentido estricto, la frase de que se trata, solo atiende a la materia jurídica normativa, ya sea de carácter coactivo general, ley), ya lo sea solo particular o especial (sentencia). Conforme a este criterio, podemos afirmar con Filomusi Guelfi que fuentes del derecho son “las formas (positivas) que el Derecho asume en su realización.

Se han distinguido las fuentes en “inmediatas” y “mediatas”. Realmente solo las primeras revisten carácter normativo y son: costumbre y ley. Las segundas son: usos administrativos, jurisprudencia de los tribunales y las elaboraciones doctrinarias. Se comprende que, hallando en rigor, el rigor normativo solo existe en las primeras o inmediatas. Si se contempla desde el respecto de la valoración político- social el mérito de la fuente denominada “ley”, será fuerza reconocer que la fuente sustancial y primera del Derecho Positivo es, por razón de precedencia, la ley fundamental o constitucional, de donde obtienen su razón de ser determinativa y específica, las otras normas o reglas.

Desde otro respecto, suele distinguirse las fuentes del Derecho en “materiales” y “formales”; refiriéndose las primeras a las autoridades de que provinieron las normas y en tal concepto, el Estado vendría a ser la más alta fuente material del Derecho. Las segundas son todas las expresiones reguladoras de la conducta jurídica, sean rigurosamente normativas o meramente técnicas y complementarias.

Si deseamos concretar en una definición que se entiende por fuentes del Derecho y dejando de lado cierto afán polémico que se observa a través de no pocos autores que han dado a referirse al “problema de las fuentes del Derecho” podríamos utilizar la expresión de Bonnacase diciendo que son “las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deber formar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente, bajo el amparo del poder coercitivo del Estado.

Génesis y transformación del Derecho Positivo.

El Derecho Positivo se realiza merced a un proceso que hoy la ciencia reconoce y describe. Sin embargo, la explicación de sus génesis y transformación, ha originado una serie de tesis o posiciones de escuelas que, sucesivamente han entendido proporcionar adecuada respuesta.

a) La Escuela Teológica. Refirió el origen del Derecho a la divinidad. Los hombres lo recibían pasivamente por el método misterioso de la revelación o la inspiración.

La tradición bíblica muestra al legislador de Israel, Moisés, que desciende del monte Sinaí después de largos días de soledad extática, trayendo las Tablas de la Ley (Decálogo), dictadas por Jehová como instrumentos de paz entre el cielo y el pueblo elegido. En la tradición romana, Numa Pompilio se dijo inspirado por la ninfa Egeria.

Con toda seguridad, la tesis teológica hallaba fuerte asidero en la firmeza de las normas consuetudinarias (no escritas), recibidas desde tiempo inmemorial y cuyo orígenes se perdían en el pasado. Así nos explicaríamos, de algún modo, la curiosa posición de Puchta, jurista destacado de la

Escuela Histórica, para quien la costumbre poseía valor primordial de expresión normativa; quien cuando se propone lo relativo al origen del Derecho, después de afirmar que nos viene de la conciencia de la libertad, expresa: "El Derecho llega a la conciencia, en parte por el camino sobrenatural de la revelación, en parte por el camino natural de un sentido y tendencia innatos en el espíritu del hombre. Solo con ese origen natural tenemos que ver nosotros: en él, el verdadero creador se oculta y el Derecho puede aparecer como una creación de nuestro espíritu siendo realmente en su ulterior desarrollo y proceso (no pareciéndolo) una producción humana". He aquí cómo un historicista se pierde en la niebla metafísico-teológica.

b) Escuela Autocrática. Se resume así: no existe otro Derecho que el dictado por el poder arbitrario. El origen de aquél en consecuencia, debe buscarse únicamente en la voluntad del que manda. En la antigua Roma se reconoció semejante criterio cuando se dijo: "Lo que place al príncipe, tiene rigor de ley..." También se dijo "Mi voluntad es ley.

La doctrina filosófica que identifica -Estado y Derecho- la de Kelsen, por ejemplo, puede conducir a ese extremo. Y en la praxis jurídico-política totalitaria, esa es precisamente la realidad institucional: todo cuanto conviene el régimen o place al autócrata o caudillo, se tiene por Derecho. Se le ve nacer a modo de arbitrariedad incontestable.

¿Cómo explicar la vigencia de la costumbre o norma consuetudinaria, desde el punto de vista autocrático? Simplemente como una elaboración impersonal, tolerada o admitida por el autócrata, de suerte que en definitiva, sería la voluntad de éste, realmente, la fuente de su legitimidad. La doctrina autocrática viene a reconocer como único fundamento del Derecho, la fuerza. A mayor fuerza, mejor derecho. O bien: la mayor injusticia sostenida por la fuerza, puede ser tenida como el mejor derecho.

c) La Escuela Contractualista o del Pacto Social. Afirma que el derecho es obra voluntaria de los hombres que fundan la sociedad y el Estado, cuando salen del estado pres-social o de naturaleza. Fue Rousseau quien en forma sugestiva y dialéctica, defendió la tesis, aunque otros autores (Hobbes, Locke, etc.) La defendieron igualmente.

Existían referencia histórica que parecían confirmar el criterio contractualista por ejemplo: lo mismo en Atenas que en Roma, hubo época en que el propio pueblo, reunido en asambleas, dictadas disposiciones legislativas que se consideraban como verdaderos pactos, constituidos por la "*común voluntad*". La ley de las XII Tablas, concretó una especie de pacto o acuerdo entre las clase patricia y Plebeya. La Carta Magna inglesa surgió, tras luchas **porfiadas** entre los varones feudales y la realeza absoluta, como una especie de autolimitación para la segunda y de fuente de libertades para los primero.

Revelada la absoluta falacia de la tesis contractualista, posteriormente originase una corriente neo-contractualista que, sin bien no admite el principio de la voluntad acordada en los orígenes de la vida jurídica, la admite en proceso evolucionados o civilizados. Sumner Maine, en su "*ancien Society*" desenvuelve la tesis según la cual las sociedades humanas han cumplido su evolución pasando del régimen de "*Status*" al de "*contractus*", esto es, de la absoluta subordinación de sus componentes dentro de un orden rígido, a la amplia libertad. En este último momento el hombre conviene y actúa con otros y concurre con su voluntad a mantener el orden social. Por su parte Spencer, en "*Estática Social*", concibe el Estado como el órgano de la "corporación contractual" por cuya virtud los hombres, mediante procesos volitivos, desarrollan y apuntalan la realidad institucional.

Con diferencias de matices, Bierling y Foulée sostienen una teoría neocontractualista que permitiría reconocer las primitivas formas jurídicas modernas y evolucionadas, fruto del querer categórico o presunto de los hombres, resultarían de una especie de síntesis contractual.

Las tres escuelas a que nos hemos referido hasta ahora suele calificarse “arbitrarias” o “voluntarias” en razón de que atribuyen el origen del Derecho a la voluntad, sea divina, autocrática o popular. Las que pasamos a exponer son “no arbitrarias” porque explican la génesis jurídica sin recurrir a la voluntad como única fuerza generadora.

La Escuela Histórica del Derecho, a que nos hemos referido antes como posición doctrinaria radicalmente opuesta a la del Derecho Natural, desarrolló una teoría genérica del Derecho fundada en el proceso histórico. Las doctrinas arbitrarias o de la voluntad eran “ahistóricas” se fundaban en hipótesis anticientíficas. Se imponía abandonar las engañosas rutas de la arbitrariedad para situar el problema en un punto de vista científico: el devenir humano, la continuidad en el tiempo.

Si bien la Escuela a que nos referimos no ofrece en todos sus adeptos una misma y rigurosa visión en determinados aspectos, desde que entre la historicista de la primera época (Hugo, Savigny, Puchta, Eichorn, etc.) existen notables diferencias, los principios sustanciales que la caracterizan, sin exageraciones o altercaciones, se puede sintetizar en la siguiente forma, tal y como resultan del movimiento de ideas producido entre 1814 y mediados del siglo pasado:

a. El Derecho, lejos de ser producto arbitrario, es un fruto o producto de fuerzas histórica “que obran silenciosamente”.

b. Cada pueblo posee “su espíritu” propio, sustancial, del que el Derecho brota o emana con la misma necesidad orgánica con que de la bellota surge la encina. Es la flor del “espíritu popular” (*Volkgeist*).

c. En cada colectividad humana se organizan formas de convivencia espontáneas, que nadie individualmente, crea ni puede crear, pero que todos concurren necesariamente a constituir bajo reglas consuetudinarias que se manifiestan por usos y tradiciones o costumbre. El Derecho consuetudinario y no la ley es la forma auténtica más rigurosa, más exacta del Derecho. Y éste nace en la misma forma falta que el lenguaje y las reglas gramaticales. Kantorowicz: “El Derecho, como la cultura, es emanación de fuerzas inconscientes, anónimas, graduales e irracionales de la vida personal de cada determinada Nación”.

Resulta de esta apretada síntesis, que mientras su antagonista, la Escuela del Derecho Natural o del Pacto Social, veía en el Derecho un arbitrio de los hombres, la Escuela Histórica la veía como un producto “faltas”; mientras la primera lo entendía como un fenómeno “universal”, la segunda lo consideraba cual fruto “nacional”; mientras la primera encontraba su fuente en la naturaleza humana, la segunda lo descubría en “el espíritu del pueblo”; mientras la primera reconocía que el Derecho podía arbitrariamente cambiarse, la segunda entendía que cada grupo nacional poseía “su” Derecho como poseía “su” lenguaje, “su” raza, etc. En conclusión: la Escuela Histórica se presentaba en actitud conservadora antirrevolucionaria, nacionalista, fatalista y mística.

Este último puede parecer paradójico, por cuanto nada se estimaban alejados de la metafísica dogmática como la vocación histórica. Empero, cuando se pretende encontrara la fuente **prístina** del Derecho en “el espíritu del pueblo” se crea una entidad metafísica como “la naturaleza humana”; cuando se habla de “factores que obran misteriosamente” para determinar tal o cual tipo de Derecho Nacional, también se recurre a una fórmula metafísica; cuando se pretende que el proceso jurídico es tan fatal como un desarrollo orgánico, se realiza una asimilación de alcances excesivos en la teoría del desenvolvimiento histórico y se injertan fermentos trascendentes, propios de la filosofía jusnaturalista que se entendía combatir y aniquilar. A pesar de todo, la Escuela Histórica del Derecho, significó un apreciable avance en el planteamiento de planos temporal, con método más realista y concreto que el de las tesis arbitrista y con el punto de vista de la dinámica social. No obstante, además de los errores anotados, la génesis histórica no llevaba la investigación a su raíz, pues en la era prehistórica no hubo Derecho o si lo hubo quedaba sin averiguarse cómo se pudo generar.

d. La Escuela Positiva realmente no se plantea como cuestión de primera importancia, la génesis del Derecho. Desde Augusto Comte, su fundador, todos los fenómenos sociales entre ellos las instituciones jurídicas se realizan **merced** a un juego de factores que los explican, sin que se deba hacer otra cosa que tomar la realidad social con absoluta objetividad. En tal sentido, el Derecho es creación del poder gubernamental, no importa si despótico o liberal, si democrático o autoritario. No interesa, pues, propiamente investigar su génesis sino describir sus manifestaciones que pueda elevarse a la categoría de “principio fundamentales jurídicos”.

La Doctrina General del Derecho y la Escuela Analítica de Jurisprudencia, debidas, respectivamente, a Merkel y Austin, constituyen las más elocuentes manifestaciones de la Escuela del Positivismo Jurídico en su faz inicial, que repudiando toda filosofía y toda investigación genética, tomaba el Derecho como un “hecho” sometido a la observación, comprensión y sistematización, sin referencia a su origen. Prolongación modernísima y de singular significación metódica es la “Teoría Pura del Derecho” de Kelsen y sus derivaciones varias. Solo citamos, pues, la Escuela Positiva, para contrastar su posición **agenética** con la tesis que procuran explicar la génesis del Derecho.