



INTRODUCCION AL DERECHO

–NOTAS DE CLASE–

**–PRIMERA PARTE–
(Capítulos del I al IV)**

Profesor: DR. LEONARDO URIBE CORREA

**Redactadas por el
DR. JORGE PARRA BENITEZ**

**Ampliadas por el Egresado
HERNAN JOSE JIMENEZ CARVAJAL**

—PRIMERA PARTE—
(Capítulos I a IV)

P R E S E N T A C I O N

Las presentes notas no aspiran a ser más que eso; no debe pues el erudito suponer que leyéndolas va a aprender algo nuevo. Pueden si, ser de utilidad para el nuevo estudiante de derecho, sin que en modo alguno le vayan a relevar de la necesidad de profundizar en los temas que aquí se esbozan, con la lectura de las obras clásicas sobre la materia.

La composición final de ellas es el producto de los siguientes factores:

1. Se tomó como base las notas de clase de Introducción al Derecho del doctor Leonardo Uribe redactadas por el doctor Jorge Parra en su época de alumno de la facultad.
2. Se hizo una reseña del libro de René David, "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos" en la parte relativa a las fuentes formales del derecho Anglo-Sajón.
3. Se hizo una reseña del libro de Hans Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado" en lo referente al capítulo "derecho y estado".
4. Se hizo un replanteamiento del paralelo entre derecho positivo y derecho natural haciendo en algunos pasajes resumen de las notas del doctor Carlos Gaviria y de la obra de Norberto Bobbio sobre el tema.
5. Finalmente, partiendo de las notas iniciales, se redactaron nuevamente algunos pasajes y se enmendaron o aclararon otros, tratando en todo caso de mantener la unidad conceptual del trabajo y su coherencia temática.

CAPITULO I

PARALELO ENTRE LAS LEYES FISICAS O NATURALES Y LAS NORMAS DE CONDUCTA

1. CONCEPTO DE LEY NATURAL Y DE NORMA DE CONDUCTA

Ley natural, dice Eduardo García Maynez, es un juicio que expresa relaciones constantes entre fenómenos. Norma de conducta es, en cambio, una regla de comportamiento que impone deberes o confiere derechos; tienen en común que ambas son producto del pensamiento del hombre.

2. DIFERENCIAS ENTRE LEY NATURAL Y NORMA DE CONDUCTA

2.1 Mientras la ley natural implica relaciones constantes entre fenómenos de la naturaleza, relaciones que son causales, fatales y necesarias, las normas de conducta tienen por fin promover un comportamiento, y por lo mismo, en ellas la relación que se da es una relación de libertad. Veamos algunos casos: una ley natural o física, por ejemplo la que enuncia que el calor dilata los cuerpos, expresa una relación necesaria, puesto que siempre que un cuerpo, v. gr. un metal, se exponga al calor, se dilatará inevitablemente (fatalmente) y, de hecho, no puede dejar de ser así (es decir, se dilata necesariamente).

Por el contrario, cuando una norma de conducta dice "no debes hacer el mal", el sujeto a quien se dirige la norma sigue en libertad de observar el comportamiento que desee: puede hacer el bien, observando la norma, esto es, no haciendo el mal, o puede desobedecer lo que la norma dice, es decir, hacer el mal. Tiene la posibilidad real de actuar de uno u otro modo.

2.2 Las leyes físicas son descriptivas de los fenómenos o sucesos de la naturaleza. Su finalidad es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos. De aquí que la ley física no es la que crea o establece los fenómenos, pues éstos se dan o acontecen en la naturaleza, con independencia de la ley que los enuncia, explica o describe. Más aún, la ley física es dada por el hombre para describir un suceso natural, pero el hombre al anunciarla puede equivocarse, sin embargo, el suceso sigue sucediendo de la idéntica manera. Ejemplo: —cuando una ley dice que los cuerpos en el vacío caen con igual rapidez, tal ley es sólo la expresión científica de ese fenómeno. Y si la ley dijera que no caen con igual rapidez, el verdadero fenómeno seguiría sucediendo independientemente del enunciado, es decir, los cuerpos, si se suspendieran en el vacío, seguirían cayendo con igual rapidez. Esto demuestra que las leyes naturales no son causa de los fenómenos a que aluden, ni enlaces entre hechos, sino fórmulas destinadas a explicarlos.

Por el contrario, las normas de conducta son prescriptivas. No describen sino que prescriben o mandan un comportamiento observable por la persona humana. De aquí puede concluirse que el obrar debido por la persona humana depende de la norma; en otras palabras, existe una relación de dependencia entre la conducta debida y la norma. Por lo mismo, si una norma me prohíbe determinado compor-

tamiento, mi comportamiento debe ajustarse a ella; tal prohibición es creada por la norma y si ésta no existe aquella prohibición tampoco existirá. Por ejemplo: una norma manda no matar. Por ser un imperativo o una prescripción, la conducta debida depende de esa norma. La conducta contraria a la norma es ilícita porque la norma así lo dice, pues si no existiera la norma, tal comportamiento no sería ilícito.

2.3 Las leyes físicas son probables o improbables; verdaderas o falsas.

De algo se dice que es verdadero cuando está de acuerdo con la realidad, y que es falso, en el caso contrario. Así, entonces, una ley física es verdadera cuando las relaciones que describe entre fenómenos ocurren realmente, en la forma que ella indica.

Sin embargo, es mejor utilizar la expresión "probable o improbable" por cuanto los hechos a que la ley se refiere deben confirmar el enunciado de la ley, lo que no siempre es fácil o pleno y la expresión verdad o falsedad es muy categórica, tratándose de cuestiones sobre las cuales el hombre sólo tiene conocimiento aproximado. Además, tal confirmación ha de ser indefectible, pues una sola excepción puede destruir un principio científico. Así, si algún cuerpo no se dilatara por la acción del calor, la ley física que dice que los cuerpos se dilatan por su exposición al calor se destruiría por no consagrar tal excepción.

En cambio, las normas de conducta son válidas o inválidas y son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio, explicable por la idea de valor que debe consagrar la norma. Las normas de conducta son, pues, válidas o inválidas, obligatorias o no obligatorias.

El concepto de validez explicado antes, obedece a un sentido filosófico estricto. La validez de una norma puede estar dada por la circunstancia de haberse cumplido las exigencias de forma prescritas para su elaboración y de haberse creado por quien tenía competencia para ello. Es lo que se llama validez formal.

Desde el punto de vista material la norma jurídica vale dependiendo de su contenido, de la idea de valor que encierre, y de esa manera, si es universalmente aceptada, será válida.

2.4 A las leyes físicas llegamos por la inducción, por cuanto sólo pueden ser formuladas después de observar y comprobar en forma detenida y sistemática un buen número de casos particulares. Partiendo de lo particular se llega a lo general.

Se trabaja pues, con el método de la inducción o de la experimentación a partir de postulados "a posteriori". Y esto confirma que las leyes físicas sean meramente probables.

La inducción suele también denominarse con el término "método analítico".

En las normas de conducta se trabaja con un método distinto. Se parte de pos-

tulados "a priori", de fórmulas generales para llegar a través de ellas a casos particulares cuyo sentido queda determinado por las mismas. Utilizamos entonces, el método de la deducción y nunca el de la inducción, pues el hecho de observar siempre una conducta no quiere decir que ella sea debida. Del análisis de un hecho pueden desprenderse sus causas pero no su fuerza vinculante. De que todos los días se mate no puede concluir que tal comportamiento (matar) sea debido. A esto se refiere Kant cuando dice que del ser no se desprende nunca el deber ser.

2.5 Las leyes físicas son leyes del SER puesto que son descriptivas de lo que es o sucede. Para expresarlas esquemáticamente existe una fórmula: A es la causa y B un efecto de esa causa. Ejemplos: Si un metal es calentado se dilata, si un cuerpo se suspende en el aire, cae hacia la tierra; si dos cuerpos se suspenden en el vacío, caen con igual rapidez, etc.

Por el contrario, las normas de conducta, como son prescriptivas hacen parte del DEBER SER. La fórmula que las esquematiza es la siguiente: Si A es, B debe ser. Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse. A es la condición y no causa; B es consecuencia y no efecto. Ejemplos: es una norma moral: si alguien os presta un servicio, debéis agradecerse; en una religiosa: si alguien comete un pecado debe hacer penitencia; o en una jurídica: el ladrón debe ser encarcelado.

La condición dentro de la fórmula que nos ocupa, es igual al supuesto de un hecho y la consecuencia es igual al deber impuesto por la norma al ser humano.

2.6 Las leyes físicas trabajan con el principio de causalidad, mientras que las normas de conducta lo hacen con el de imputación.

En su "Teoría Pura del Derecho" dice Kelsen: "Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad" y agrega que "toda ley natural hace aplicación de este principio". Así, un cuerpo se dilata cuando es expuesto al calor, es decir, el calor es causa del efecto dilatación. Y es la ley física la que lo enuncia. Lo mismo podría decirse de la ley física que explica la gravitación universal: los cuerpos son atraídos por la tierra cuando cesa la fuerza que lo impide (ley de gravedad de los cuerpos, que es una de las manifestaciones del principio de la gravitación universal).

Por razón de su objeto (regulación de la conducta humana) las normas o reglas de comportamiento también establecen una relación entre dos hechos, al igual que la ley física, pero mientras en esta hay una relación de causa o efecto, la causalidad no interviene en la norma de conducta.

Situándose pues en el plano normativo, los hechos se enlazan en la norma por virtud de la norma misma. Entre tales hechos no hay causalidad, pues ni el crimen es causa de la sanción ni ésta es efecto del acto ilícito. El sentido del acto y el castigo dependen de la norma, la sanción resulta de la existencia de la norma, la cual enlaza tal sanción a la realización del supuesto (de un hecho). Esto no sucede en la

relación causal, pues en ésta el efecto sigue a la causa independientemente de la ley física que enuncia o explica el fenómeno. Ejemplo: Si un funcionario de policía debe realizar determinada actividad dentro de un plazo, so pena de sanción, y no la realiza, la sanción le debe ser impuesta porque la norma lo establece, pero no porque el no realizarla sea causa de la sanción, puesto que no existiendo la norma que la establezca, tal sanción no le podría ser impuesta. En cambio, el fenómeno natural se da independientemente de la ley física, regido por el principio de causalidad. Un cuerpo caerá hacia la tierra si es suspendido en el aire. Independientemente de lo que diga cualquier ley física.

En las normas, la condición de una sanción es, por ejemplo, un acto ilícito (un delito) o un comportamiento injusto o una conducta mala, y la consecuencia es el castigo, la pena, o, en general, la sanción. La norma crea esa condición y crea esa consecuencia y ésta sigue a la condición porque la ley positiva de conducta o regla de comportamiento así lo ha establecido.

Ejemplo: Artículo 2356 del Código Civil Colombiano "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". En esta forma la condición es el daño causado por malicia o negligencia de una persona; y la consecuencia, el deber de reparación del mismo por dicha persona. La indemnización debe seguir al daño porque la norma así lo ordena.

Todo lo dicho hasta acá lo confirma de una manera exacta el artículo No. 26 de la Constitución Nacional, que es del siguiente tenor: CFR – a. 26.

Nos muestra claramente que es la norma la que enlaza la sanción a la realización de la condición y que es ella misma la que determina qué debe entenderse por infracción y la sanción aplicable a la persona. CFR. a 23 C.N.

Según Recasens Siches, en su obra "Tratado de la Filosofía del Derecho", la estructura lógica llamada imputación es el modo de enlace característico de dos hechos en una norma. Por lo mismo, la sanción DEBE seguir el acto ilícito en virtud de la norma.

En resumen de lo que hasta aquí se ha dicho, la imputación vincula dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende pues dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas".

La imputación puede ser de dos especies:

2.6.1 Objetiva:

Es la imputación de un hecho a otro hecho, de una consecuencia a una condición. En otras palabras: de la sanción al acto ilícito. Por ejemplo: Quien mate a otro intencionalmente (condición) debe ser condenado a presidio de diez a quince años

(consecuencia). La consecuencia se imputa a la condición por la norma.

2.6.2 Subjetiva:

Es la imputación de un hecho a una persona. ¿Por qué a una persona?. Porque como es ésta la única capaz de realizar conductas, a ella se van a imputar los hechos. Consiste esta imputación en atribuir un hecho (condición). v. gr. un acto ilícito, delito crimen, a la persona que haya cometido el acto ilícito, delito o crimen. Es de advertir que se imputa el hecho a la persona en general, pues determinar quien ha cometido tal crimen no es un problema de imputación sino una cuestión (probatoria).

En resumen: la diferencia entre los principios de causalidad y de imputación estriba en que la causalidad no tiene un punto final, mientras que la imputación sí lo tiene.

Esta diferencia entre causalidad e imputación es la que hace ver definitivamente la distinción entre ley física y norma de conducta, entre ciencias de la naturaleza y ciencias normativas.

Es fundamental diferenciar la imputación objetiva de la subjetiva, pues responden a dos criterios enteramente diferentes.

De todo lo dicho, surge como consecuencia lógica, lo siguiente:

La imputación se refiere a la conducta humana; y por lo tanto, ésta es subjetiva y su punto final. En cambio, como los hechos que se dan en la naturaleza se relacionan entre sí causalmente, unos son efectos de otros que a su vez funcionan como causas de otros nuevos. En otras palabras, la causalidad no conoce punto final porque, dice Kelsen, "las cadenas de causalidad tienen un mundo infinito de eslabones".

2.7 Las leyes físicas o naturales son violables, las normas de conducta son inviolables.

Con esta afirmación queremos decir que si las leyes físicas en un solo caso son contradichas por la realidad, quedan por ello destruidas. Así por ejemplo: Si se diera un solo caso, en que un cuerpo suspendido en el vacío no cayera hacia el centro de la tierra, la ley de la gravedad sería falsa y quedaría, por lo mismo, destruida.

Las normas de conducta por el contrario, no se destruyen por la inobservancia de lo que ordenan; su validez no está condicionada por el cumplimiento que de ellos hagan sus destinatarios. Si, por ejemplo, hay personas que roban, la norma que prohíbe robar no pierde por ello ni un ápice de su validez. No se destruye por el incumplimiento de sus prescripciones.

BIBLIOGRAFIA

1. García Maynez, Eduardo. **Introducción a la Ciencia del Derecho** Capítulo I.
2. Gaviria Díaz, Carlos. **Introducción al Derecho. Tesis de Grado. Capítulo I. Alindamiento de los campos causal y normativo.**
3. Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho.** Capítulo I: El Derecho y la Naturaleza.
4. Recasens Siches. Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho** Capítulo II :5 Concepto Jurídico de Personalidad.

CAPITULO II

DISTINCION ENTRE LAS CIENCIAS NORMATIVAS, NORMAS JURIDICAS Y NORMAS MORALES, DISTINCION ENTRE DERECHO Y MORAL

1. DERECHO Y MORAL EN LA HISTORIA:

En la época primitiva no había una clara delimitación entre normas jurídicas y normas morales. Existía en la vida social, dice Jorge del Vechio, "una costumbre indistinta, compuesta de normas que tenían una fuerza obligatoria mal definida en su naturaleza moral o jurídica". Así, pues, el Derecho y la Moral no se encontraban diferenciados sino mezclados, confundidos en una misma cosa, aparecen englobados en conjunto La Moral y el Derecho, e incluso, la religión.

Paulatinamente el Derecho va adquiriendo caracteres propios. Pero, todavía en la edad antigua, con Grecia y Roma a la cabeza, aparecen el derecho fundido en parte con la moral. En Grecia no hubo teoría alguna que diferenciara los dos ordenamientos, tanto que grandes pensadores como Platón, consideraron vano buscar una nota de distinción.

En Roma, Derecho y Moral sólo se diferenciaban en la práctica pero se confundían en la teoría hasta el punto de que muchos principios puramente morales eran tenidos como jurídicos. Por ejemplo: en la "Instituta" de Justiniano, se presentaba como norma jurídica vivir honestamente, norma que a las claras es de naturaleza moral. Celso define el Derecho como "aras boni et aequi", arte de lo bueno y de lo justo; pero la bondad y la equidad y más que todo la bondad, no son tanto conceptos jurídicos como morales.

No obstante, algunos romanos entrevieron una pequeña distinción teórica y fue así como Paulo dijo: *Nom omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito jurídicamente, es honesto).

Tampoco hay una teoría específica de esa distinción ni en la Patrística ni en la Escolástica. Cuando en Grecia el Derecho había sido absorbido por la moral, por ser ésta más amplia, bajo la influencia de las doctrinas en mención sucede un fenómeno inverso: La Moral asume forma jurídica y llega a quedar comprendida en el ámbito del Derecho, concebido éste como regla universal del obrar.

Esta preeminencia normativa de la moral obedeció en buena parte al papel que jugó la Iglesia Romana en el reparto de Poder durante toda la Edad Media; hacer que las obligaciones morales sean exigibles coactivamente (es decir, hacerlas jurídicas) es lo propio de los regímenes teocráticos.

El protestantismo surgió, en parte, como una reacción a ese estado de cosas, pero sólo a comienzos del siglo XVIII es abordado el problema de encontrar una teoría para distinguir Derecho y Moral.

Es esta la época de los gobiernos despóticos que intervenían a cada paso en el obrar humano, recortando sus libertades y especulando en tales campos bajo la influencia de factores políticos. Y fue entonces cuando por fuerza del absolutismo, Cristian Tomasio, en 1705, afrontó el problema sistemáticamente, aunque también movido por una intensión que podría calificarse de política, pues su afán era el de reivindicar las libertades de la persona.

Tomasio señaló que la conciencia moral o fuego interno de la persona sólo podría ser regido por la Moral y que al Derecho incumben el comportamiento exterior de la persona o fuero externo, siendo por lo tanto incompetente respecto al pensamiento.

La distinción de Tomasio resultó exagerada porque es erróneo dividir las acciones humanas en internas y externas y decir que las internas corresponden sólo a la moral y las externas exclusivamente al Derecho. Y es exagerado porque el Derecho se ocupa a cada instante del aspecto interno de la persona (por ejemplo: cuando indaga por las intenciones dolo o culpa en un hecho delictuoso) y la moral no se desentiende del aspecto externo en las acciones humanas.

Sin embargo, a pesar de los errores de esta teoría, hay que reconocer que con ella se creó un derrotero que resultaría fecundo para la actual distinción. Tomasio captó el punto fundamental, esto es, vio que la moral se refiere ante todo a la conciencia subjetiva, mientras que el derecho versa sobre un orden objetivo de convivencia.

Manuel Kant sostuvo la distinción propuesta por Tomasio, pues no puede decirse que la haya modificado sustancialmente, ni mejorado.

Teófilo Fichte, el gran discípulo de Kant, llevó la teoría al extremo y afirmó que Moral y Derecho no sólo se diferenciaban sino que se oponían entre sí, fundándose en que el derecho permite actos que la moral prohíbe; como por ejemplo: Para el derecho es lícito que un acreedor embargue y lleve a remate los bienes de una viuda pobre, acto que es repudiado por la moral. Sobre esto, hoy más bien se

dice que existe discrepancia entre derecho y moral, por cuanto el Derecho mismo no se opone a que el acto que es realizado es repudiado por la moral, no se lleve a efecto; como en el caso traído por Fichte, que el acreedor no ejercite su derecho de embargo a la viuda.

La teoría completa sobre la distinción entre derecho y moral sólo ha aparecido en la edad contemporánea, considerándose al iusfilósofo italiano Jorge del Vechio como uno de sus más grandes promotores.

2. DERECHO Y MORAL EN LA ACTUALIDAD. CARACTERES DIFERENCIALES

2.1 Exterioridad en el derecho, interioridad en la moral.

El punto de partida de la regulación moral es el campo de las intenciones, el ámbito de la conciencia, la raíz íntima del obrar. Por el contrario, el centro de gravitación del derecho es el plano externo de la conducta o dimensión externa de los actos humanos.

El derecho se preocupa predominantemente, pero no exclusivamente, del aspecto externo de los actos humanos. La moral especialmente, pero no únicamente, la raíz íntima del obrar en la persona. De acuerdo con esto, la conducta humana tiene dos aspectos: el interno y el externo.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho parte de lo externo pero también mira lo interno y cuando ello ocurre es para efectos de establecer la forma y calidad de la sanción o para establecer el tipo de infracción. Así, cuando un loco es criminal, tal circunstancia es atendida por el derecho para sancionarlo con "medidas de seguridad" en sitios especiales.

También atiende el derecho el aspecto interior del obrar humano cuando enlaza diferentes consecuencias jurídicas a diferentes actitudes internas; por ejemplo: la buena o mala fe de un poseedor tiene incidencia en el monto de las restituciones mutuas que regula el libro II del Código Civil Colombiano.

Cuando los malos pensamientos trascienden a la práctica, la moral los repudia más drásticamente. Por eso aunque en ella el centro de gravitación es lo interno, no descuida lo externo. Para la moral no es lo mismo pensar matar que pensar matar y realizar tal pensamiento. Es indudable que en el segundo caso estamos frente a una conducta mayormente reprochable desde el punto de vista moral. Si los pensamientos malos quedan como tales, el derecho no los repudia, pero la moral sí.

El derecho tiene un campo de acción limitado: va de lo externo a lo interno. La moral tiene un campo de acción más amplio que va de lo interno a lo externo.

CONCLUSION: El derecho mira fundamentalmente el aspecto externo y cuando toma en cuenta lo interno lo hace solamente en cuanto las intenciones han lo-

grado exteriorizarse. La moral mira lo que se piensa y lo que se hace. Por lo mismo, no hay dominio de las acciones humanas que no esté sometido a la valoración moral.

2.2 El derecho es bilateral y la moral es unilateral.

Se dice de las normas morales que son unilaterales porque frente a la persona obligada no se halla otra facultada para exigir la conducta prescrita por la norma. Las normas jurídicas en cambio, son bilaterales porque frente al jurídicamente obligado encontramos siempre otra persona facultada para exigir que se cumpla la respectiva obligación.

Las normas jurídicas crean facultades y deberes y por ello frente al obligado existe un facultado para exigir el cumplimiento del deber prescrito por la norma. Por el contrario, nunca existe tal facultad, derecho o exigencia para el cumplimiento de la norma moral y quien se halla moralmente obligado no tiene, por tanto, frente a sí alguien que pueda exigirle el cumplimiento de su obligación. Y esto es así porque la moral recae sobre el hombre en cuanto individuo y por eso la conciencia de éste puede exigirlo.

El jurídicamente obligado lo es siempre frente a alguien cuya conducta se halla también determinada por una norma jurídica que puede ser la misma que impone la obligación u otra diferente.

Al obligado jurídicamente se la llama sujeto pasivo y a la persona o grupo de personas que de acuerdo con la norma pueden exigir el cumplimiento efectivo del deber, se llama sujeto activo, facultado o pretensor. La relación entre estos dos sujetos se llamara relación jurídica, que mirada desde el punto de vista del sujeto pasivo se ve como una obligación y desde el punto de vista del sujeto activo se ve como un derecho o facultad.

Una o varias normas distintas, pues, colocan en el mundo del derecho a varias personas en una situación de enfrentamiento, en la cual una o más son el sujeto pasivo y otra u otras el sujeto activo.

La relación jurídica puede ser simple o compuesta. Es simple cuando hay un sujeto activo con sola facultad y uno pasivo con meras obligaciones; y es compuesta cuando el sujeto activo es sujeto pasivo a la vez, y correlativamente el sujeto pasivo es también sujeto activo. Como por ejemplo: En una compra-venta, el vendedor es sujeto activo pues tiene facultad para exigir al comprador, que aquí es sujeto pasivo, la entrega del dinero; y el comprador es sujeto activo pues puede exigir al vendedor, en este caso sujeto pasivo, la entrega de la cosa vendida.

La relación jurídica puede esquematizarse así :

SUJETO PASIVO (Obligado) ————— SUJETO ACTIVO (Facultado)
(Deber-Obligación) (Derecho-Facultad)

De todo lo anterior puede concluirse que la moral no resiste sino un enfoque: el deber; y por ello la moral es puro y simple deber; y que la norma jurídica recibe dos enfoques: deber y facultad a un tiempo; el deber no excluye la facultad en la norma jurídica sino que la facultad es correlativa al deber y por lo mismo, deber y facultad en la norma jurídica se implican mutuamente.

Facultad y deber son términos complementarios que surgen de la norma jurídica.

Dicho de otro modo: la moral es imperativa y el derecho es imperativo-atributivo.

2.3 La moral es incoercible y el derecho es coercible.

Que la moral es incoercible signifique que su observancia, debe ser absolutamente libre y espontáneo; para que una conducta sea objeto de un juicio, es decir, para que sea susceptible de calificación, como buena o mala moralmente, se necesita que el sujeto la realice por sí mismo; de donde puede concluirse que aquello que el hombre hace o que ocurre en él, independientemente de lo que quiere no es ni moral ni inmoral, es ajeno a toda estimación de tipo ético: si mi brazo es movido por otro más fuerte, lo que ejecute no tiene sentido moral, no es bueno ni malo, está fuera del campo de la valoración moral. "la moral, dice Recassens para que quede cumplida, es desde todo punto de vista necesario que sus normas sean realizadas por el sujeto libremente, libre de toda coacción irresistible, como actos plenamente suyos". Por lo mismo, el cumplimiento de la conducta moralmente obligatoria debe ser voluntario pues la moral quedaría desprovista de sentido si su ejecución fuera forzosa.

Algunos han dicho que en la moral existe coercibilidad por cuanto la conciencia del individuo puede exigirle a éste que cumpla con el precepto moral. Sin embargo, a pesar de ser la conciencia una fuerza que mueve al hombre a cumplir su deber moral, la moral no deja de ser incoercible por cuanto siendo la conciencia parte del mismo individuo, el cumplimiento de la norma seguirá siendo espontáneo y voluntario.

En cambio el derecho puede ser impuesto coercitivamente aún por la fuerza física; es decir, su cumplimiento u observancia puede ser forzoso. Por coercibilidad entendemos la posibilidad de usar la fuerza física para obligar a alguien a cumplir lo ordenado por la norma jurídica (coercibilidad preventiva) o para garantizar la sanción establecida en la misma dada su cumplimiento (coercibilidad punitiva). Obsérvese que en ambos casos podría cumplirse la norma en forma no espontánea y aún en contra de la voluntad del obligado. Por eso es derecho y no moral.

Algunos tratadistas hablan de coacción y no coercibilidad o coercitividad. Pero estos términos se diferencian: Coercibilidad es una posibilidad de usar la fuerza, mientras que coacción es el empleo efectivo de la fuerza para hacer valer el derecho o evitar su transgresión.

De aquí que la coacción sea más del campo del ser que del deber ser.

Esta nota de la coercibilidad suele denominarse también autarquía o impositividad inexorable o inexorabilidad.

Es la coercibilidad una nota esencial al derecho?

Si, la coercibilidad es una nota esencial al derecho; es algo que se desprende esencialmente del sentido mismo de lo jurídico; porque como el derecho se encarga de regular las relaciones externas entre los miembros de la sociedad en aquellos puntos en que la conducta de una persona tiene gran importancia y suma trascendencia para otras, es decir, como el derecho establece límites recíprocos entre las conductas de varios sujetos, su cumplimiento no puede depender de la simple voluntad o del mero querer de quien está obligado a observarlo.

Como el derecho quiere que haya seguridad entre los miembros de la sociedad, como busca fijeza y certidumbre en las relaciones sociales para que el hombre pueda coexistir y convivir, no puede dejar al libre albedrío el cumplimiento de las obligaciones que señala y tiene que organizar el posible empleo de la fuerza que constriña a la observancia de la norma. "Por eso, dice Recasens el derecho es derecho".

En el estado moderno es el estado el que usa la fuerza; es decir, quien tiene la coercibilidad porque ha monopolizado el empleo de la fuerza. Y por ello nadie puede exigir lícitamente, por sus propios medios, el cumplimiento de una obligación.

No deben confundirse los términos coercibilidad y sanción. Por sanción se entiende la consecuencia que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. La sanción se halla condicionada por la realización de un supuesto señalado en la norma jurídica.

Ahora bien, la coercibilidad no es consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico porque ella puede operar aun cuando no haya motivo alguno para imponer la sanción, o puede también operar cuando el deber se ha cumplido. Baste repetir la definición: es una posibilidad de usar la fuerza física para obligar a alguien a cumplir lo ordenado por la norma jurídica o para garantizar que la sanción sea efectiva.

Si sanción y coercibilidad fueran sinónimos no existiría diferencia entre derecho y moral desde el punto de vista de la característica que nos ocupa, porque en la moral hay sanción, cual es por ejemplo el remordimiento, pero no hay fuerza proveniente del exterior que nos obligue o constriña a cumplir el deber moral. Vuelve a repetirse que si en la moral hay cierta fuerza para la exigencia del cumplimiento de la norma, esa fuerza es la conciencia, pero no constituye coercibilidad en el sentido que la palabra se toma como nota característica y esencial del Derecho. De otra parte, la sanción jurídica es garantizada socialmente y exigida coercitivamente; y aunque la sanción existe en el derecho y en la moral, en ésta no pue-

de ser ejercitada por fuerza física alguna. Algunos llegan a decir que “la moral no llega a ese plano de perfección”.

Se han hecho algunas objeciones a la tesis de la coercibilidad del derecho; las dos más importantes son las siguientes:

2.3.1 El derecho es cumplido en la mayor parte de los casos espontáneamente, sin necesidad de coerción.

Crítica:

La objeción en sí misma es equivocada porque habla de coerción; y ya se sabe que la coercibilidad consiste en una posibilidad, de donde se sigue que tal coerción no es necesaria en los casos en que el derecho es cumplido espontáneamente, subsistiendo la necesidad de utilizarse en aquellos en que el derecho no sea cumplido. De tal manera que la tesis de la coercibilidad del derecho sigue siendo válida.

2.3.2 Se ha dicho también que cuando un derecho, o un conjunto de normas no cuenta efectivamente con la adhesión general o mayorista de la sociedad que pretende regir, está inevitablemente condenado al fracaso o a producir efectos catastróficos.

Crítica:

Es cierto que cuando un ordenamiento no cuenta con la adhesión general de la sociedad que pretende regir, políticamente esas normas tienden a fracasar. Pero es necesario distinguir dos hipótesis diferentes:

a. La totalidad o la mayoría de las normas del ordenamiento jurídico es incumplido por los destinatarios de las normas; es decir, el orden jurídico carece de eficacia o positividad; en tal caso lo que sucede es que ese orden deja de existir como consecuencia de su ineficacia; pierde toda validez, ya no es derecho; por lo tanto, aquí no es válida la objeción a la coercibilidad del derecho.

b. Una parte de las normas jurídicas del ordenamiento son reiteradamente incumplidas; en este caso el orden jurídico en sí mismo permanece vigente y es coercible; prueba de ello es que en cualquier momento se pueden reemprender los actos coactivos encaminados a hacer cumplir dichas normas jurídicas. Esta pues, tampoco es objeción válida al carácter coercible del derecho.

Por consiguiente, lo que fracasa no es el sistema jurídico sino el sistema político: el contenido de la norma jurídica en un país será el que dicte el sistema político que está rigiendo en ese momento; si es rechazado por los destinatarios, fracasará y surgirá un sistema jurídico nuevo.

Otras objeciones no menos importantes pero dirigidas a destruir la coercibilidad del derecho partiendo de una de las ramas de éste son las siguientes:

2.3.3 Hay en el derecho, especialmente en el civil, obligaciones que sólo pueden ser cumplidas por el deudor y que de ninguna manera pueden ser ejecutadas

por la fuerza, como por ejemplo: cuando una persona se obliga a pintar un cuadro.

Crítica:

Si bien es cierto que tales obligaciones no pueden ser cumplidas forzando al deudor, la coercibilidad existe en cuanto ese deudor incumpla porque en tal caso deberá pagar una indemnización, consecuencia ésta que sí es posible por la fuerza.

2.3.4 Para argüir también contra la tesis de la coercibilidad se ha tomado el ejemplo del Derecho Internacional, en cuyo ámbito no existe un órgano especializado encargado de hacer cumplir por la fuerza las normas jurídicas internacionales o para garantizar las sanciones que las mismas establecen.

El derecho internacional es derecho positivo y por lo tanto es COERCIBLE; pero sucede que el ejercicio de la coercibilidad en él no está centralizado como sí lo está en los órganos jurídicos nacionales (los estados). Por esto tiende a dudarse del carácter jurídico del Derecho Internacional, ignorando que la centralización de las funciones de creación y aplicación del Derecho no es característica esencial de lo jurídico.

En el Derecho Internacional General, a semejanza del Derecho de las comunidades primitivas, las funciones de la creación y aplicación del derecho están descentralizadas, son ejercidas por los propios miembros de la comunidad jurídica: los estados y miembros del grupo primitivo en cada caso.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, puede afirmarse, terminantemente, que el derecho es norma por esencia coercible; negar tal característica es favorecer la anarquía.

2.4 La autonomía de la moral y la heteronomía del derecho

De acuerdo con Kant, toda conducta moralmente valiosa debe representar el cumplimiento de una máxima que el sujeto se ha dado a sí mismo convencido de su validez universal. Cuando esto sucede se habla de autonomía. Por lo mismo, el creador de la norma y el destinatario de la misma, son la misma persona.

Por el contrario, cuando se actúa de acuerdo con un precepto que no deriva de sí mismo, es decir de su albedrío, sino de una voluntad extraña, se habla de heteronomía. Por lo mismo, en el ámbito de una legislación heterónoma, el creador de una norma y el legislador obligado, aun en el caso del legislador mismo de derecho positivo, son personas distintas. Y aun en el caso del legislador, porque éste no está obrando como persona que se está autolegislando sino como órgano del estado, creador de derecho.

Por todo lo anterior, los preceptos morales son autónomos porque tienen su fuente en la voluntad de quienes deben acatarlos y son obligatorios y por tanto válidos, en cuanto el sujeto está convencido de ellos y les brinda asentimiento y adhesión, en razón de su intrínseca bondad y justicia.

Las normas jurídicas positivas en cambio, son heterónomas porque su origen y validez no está en la voluntad y albedrío de los particulares ni en el asentimiento que se les dé, sino en la competencia de un sujeto externo y extraño: el legislador, y en los requisitos que se hayan llenado para la elaboración del precepto.

Aún en el caso de una norma jurídica individual, como por ejemplo un contrato, se puede hablar de heteronomía pues si bien es cierto que el origen de dicho contrato está en la voluntad de los sujetos contratantes, la obligatoriedad jurídica de tal norma no depende del albedrío o querer de dichos sujetos sino de una norma superior que así lo prescribe, norma ésta que ha sido dictada por un sujeto extraño que es el legislador.

De una norma moral se ha de predicar autonomía no sólo cuando emerge originariamente de la voluntad del propio destinatario sino también cuando siendo creada por una voluntad extraña, por ejemplo Dios, es aceptada y obedecida en vista de su intrínseco valor por el sujeto destinado a cumplirla, por lo mismo, una norma ética requiere para su realización, por lo menos, del conocimiento y asentimiento de la persona obligada. Ello no sucede así en el Derecho; las normas jurídicas poseen una pretensión de validez, es decir, de obligatoriedad, completamente independiente de lo que conozcan, crean y piensen los destinatarios de las mismas. Más aún: Aun cuando los súbditos no reconozcan la obligatoriedad de las normas jurídicas, tal obligatoriedad existe incluso en contra de sus convicciones personales.

CONCLUSION :

De la norma moral se ha de predicar autonomía en cuanto tal ordenamiento es obligatorio porque el sujeto obligado está convencido del intrínseco valor de la norma. Del derecho se ha de predicar heteronomía en cuanto su obligatoriedad no depende del sujeto obligado sino de algo externo, porque la norma es dictada por un sujeto extraño (el legislador), bien por mandato de una norma superior, cuando la norma obligatoria es creada por particulares, como en el caso de los contratos.

Sobre esto último, ver artículos 1602 y 1603 del Código Civil Colombiano.

También se ha objetado por algunos la tesis de la heteronomía del derecho, arguyendo unos en pro de la autonomía del mismo y otros a favor de la heteronomía de la moral. Tales objeciones pueden clasificarse así:

2.4.1 Objeciones de Gustavo Radbruch y de Rudolf Laun:

Para estos dos profesores alemanes, sobre todo Laun, toda norma que imponga un deber, una obligación, tiene que ser creada o por lo menos aceptada por la conciencia de la persona que debe observarla. Para ellos, hablar de normas heterónomas, es decir, hablar de normas impuestas por una voluntad extraña al sujeto obligado y aun en contra de su voluntad, es expresar una contradicción lógica, porque si el mandato no surge de la conciencia de la propia persona obligada no puede en-

tonces hablarse de normas. Según ellos, las normas son autónomas.

Dicen los mismos autores en mención, que no es la norma externa como tal la que puede obligarnos sino solamente la aceptación de la norma por nuestra conciencia. Por eso, estos dos tratadistas rechazan la distinción que se hace de derecho y moral desde este punto de vista.

La validez del derecho, la obligatoriedad, continúan diciendo Radbruch y Laun, no tiene otra justificación que la de haber sido aceptadas las normas por conciencia propia, es decir, la de formar parte de nuestra conciencia. Sin embargo, ellos reconocen el hecho de que en la actualidad el derecho es impuesto por una voluntad extraña al sujeto obligado. Pero concluyen que en este momento de la historia no existe propiamente derecho sino Poder o Fuerza organizada por una élite de la sociedad, mediante el cual se impone a los súbditos normas de comportamiento que en su sentido estricto no son normas jurídicas, puesto que la imposición por la fuerza mata el deber. Y dicen por último, que del poder no es posible derivar ningún deber, ni aun en el caso en que se llame derecho a la fuerza.

Crítica:

Hay que advertir, en primer lugar, que la forma jurídica es de naturaleza diferente o diversa a la ley moral, y aunque tengan cosas en común, la norma jurídica necesita un tratamiento diferente. Por ello, decir que sólo la conciencia es fuente de deber es aplicable únicamente a las obligaciones morales y no a las jurídicas, porque el derecho es un instrumento o medio absolutamente necesario para la existencia de la sociedad y para la co-existencia de unos hombres con otros.

Lo mismo no sucede con la moral, la cual tiene por destinatario al individuo como tal, es decir, a la persona individualmente considerada y por ello, los deberes que contiene deben ser referidos a la conciencia de éste.

Las normas jurídicas, en cambio, regulan la conducta de un individuo como miembro de una sociedad, cuya existencia debe ser mantenida en beneficio de los que la integran y cuya supervivencia, en este momento, no es posible sin el derecho, concebido como un ordenamiento de la conducta humana, objetivo, independiente de la voluntad del sujeto obligado. El derecho, se repite, busca que haya seguridad entre los miembros de la sociedad y por eso no puede dejarse la obediencia de un orden jurídico a merced de la voluntad de cada uno, pues si tal cosa ocurriera, al orden que es necesario para que exista la sociedad lo sustituiría la anarquía que la destruiría.

Es preciso entonces que haya alguien que, investido de autoridad, establezca un orden por intermedio de un derecho por igual para todos y para que ese derecho se cumpla es necesario que tal autoridad pueda usar la fuerza, es decir, que esté respaldada por el poder. Tal poder, o tal fuerza, o tal orden jurídico-objetivo no destruye la libertad, como dicen Radbruch y Laun, sino que la confirma, pues cada miembro de la sociedad puede escoger entre dos posibilidades: o someterse a las obligaciones jurídicas, no acarreándole ello sanción; o incumplir o desobedecer las imposiciones de las normas jurídicas y provocar la posibilidad de una sanción,

también establecida por normas jurídico-objetivas.

Lo que sucede a Radbruch y Laun es que no conciben más deberes que los deberes morales, desconocen los deberes jurídicos.

En conclusión, las objeciones de los dos tratadistas alemanes, si bien tienen un excepcional rigor lógico, no destruyen la tesis de la heteronomía en la obligatoriedad de las normas jurídicas.

2.4.2 Tesis de Luis Legaz Lacambra sobre la "Autonomía" de la moral. Escuela de Derecho Natural Escolástico.

Para la filosofía escolástica, cuyo máximo representante es Santo Tomás de Aquino, el hombre ha sido creado por Dios, su naturaleza es creación de El y lo específico de esa naturaleza es lo racional.

Dice tal filosofía que la moral es una exigencia de la naturaleza humana racional; por tanto el principio moral que reside en el hombre aparece como resultado de una ley eterna, divina; y así, el principio moral es, en última instancia, creación de Dios.

En la moral cristiana, legislador ordinario y obligado son personas distintas; pero no toda persona descubre esas normas puestas por Dios en su naturaleza. Si de acuerdo con la escolástica, se necesita gran cultura, gran evolución en el individuo para que éste llegue al conocimiento de la norma moral, por lo mismo, no obliga a quien ignora la norma; y por ello también la ignorancia de la norma moral excusa de su cumplimiento pues la obligación moral sólo existe para quien la conoce.

Por tanto, a pesar de que legislador y obligado son personas distintas, se puede decir que en la Escolástica domina el principio de la autonomía de la moral porque ésta ha de ser conocida y aceptada por el hombre para que sea válida.

Ahora bien, mientras para la Escolástica se llega a las normas morales por el conocimiento, para Kant es un acto de voluntad del hombre, la moral brota de la voluntad del hombre por un proceso racional íntimo.

Pero sea cual fuere el modo de aceptación, ésta es la base o fundamento de la moral y por ello este ordenamiento es autónomo.

BIBLIOGRAFIA

1. Del Vecchio, Jorge. *Filosofía del Derecho*. Capítulo sobre las relaciones entre Derecho y moral.
2. Gaviria Díez, Carlos. *Introducción al Derecho. Tesis de Grado*. Capítulo II: La moral y el Derecho.
3. Legaz Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*
4. Recassens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Capítulo V.

CAPITULO III

DERECHO, MORAL Y CONVENCIONALISMOS SOCIALES

1. Descripción y características de los convencionalismos sociales.

En la Sociedad hay una serie de normas reguladoras de la conducta humana que no son morales ni jurídicas. Se trata de un gran grupo de normas que constituyen una categoría especial, llamadas "Reglas del Trato Social" y conocidas también por los nombres de "Convencionalismos o Usos sociales" y de "Reglas del trato externo". Ejemplos de este tipo de normas son la galantería, la caballerosidad, la cortesía, la urbanidad, el decoro, la decencia, el compañerismo, etc., etc.

Las características de los convencionalismos sociales son las siguientes:

- Se basan en la costumbre, en la repetición frecuente de un determinado comportamiento.
- Emanan de mandatos colectivos anónimos, pues provienen de grupos sociales.
- Carecen de universalidad, debido a que son comportamientos observados en determinados círculos de personas: son, pues, particulares.
- Son esencialmente variables, mu tables.
- Son exigencias tácitas de la vida colectiva y, por lo mismo, carecen de una formulación expresa y absolutamente clara; sin embargo, se les puede codificar.
- Los convencionalismos se refieren al individuo como miembro de un grupo social y no como ser individualmente considerado.

2. Semejanzas entre el Derecho y los Convencionalismos sociales.

2.1 Ambos ordenamientos normativos tienen un carácter social.

Tanto el Derecho como los convencionalismos regulan la conducta del hombre en la sociedad. Por ello, ambos sistemas normativos enfocan tal conducta socialmente. De otro lado, no habría motivo para hablar de los deberes sociales de una persona aislada.

2.2 La exterioridad

Tanto el Derecho como los Convencionalismos miran el aspecto exterior de la conducta humana. Aunque el primero se preocupa de lo externo fundamental pero no exclusivamente, pues algunas veces considera lo interno. En cambio, los Convencionalismos sólo atienden lo externo, es decir, la actuación objetiva del sujeto.

2.3 La heteronomía

Las normas jurídicas, según se vio, son heterónomas porque su obligatoriedad no depende de la voluntad o albedrío del sujeto obligado sino de una voluntad extraña. En la misma forma, los convencionalismos sociales son heterónomos; no son meros consejos, sino que surgen del grupo social que quiere que sean fielmente acatados por las personas que a él pertenecen. Son exigencias que reclaman el sostenimiento de la persona, independientemente de lo que piense.

2.4 La particularidad

El Derecho (positivo) no es universalmente válido, sino que es diferente según cada estado. De la misma forma los Convencionalismos sociales son particulares, debido a que son observados por determinados círculos de personas.

2.5 La variabilidad

Es característica de varios ordenamientos. El derecho varía de acuerdo con las épocas. Al igual que los Convencionalismos sociales cambian con el tiempo.

3. Diferencias entre el Derecho y los Convencionalismos sociales.

3.1 El Derecho es bilateral y los Convencionalismos sociales son unilaterales.

Es decir, frente al jurídicamente obligado hallamos siempre otro facultado para exigir el cumplimiento del deber, mientras que al obligado en virtud de un uso social nadie le puede exigir el cumplimiento de su deber social; por ejemplo de galantería. Así, mientras alguien llamado acreedor me puede exigir el pago de la deuda, nadie puede exigirme que ceda el puesto a una dama en el bus.

Esta diferencia técnicamente puede formularse diciendo que la estructura del Derecho es imperativa, mientras que la de los Convencionalismos sociales es sólo imperativa.

Además, si los usos sociales colocaran frente al sujeto obligado un sujeto pretensor, perderían su naturaleza de usos o convencionalismos y devendrían en normas jurídicas.

3.2 El derecho es coercible y los convencionalismos sociales son incoercibles.

Esto quiere decir que el Derecho puede llegar a ser impuesto mediante el uso de la fuerza física mientras en los convencionalismos sociales no puede suceder lo mismo, por el monopolio que el Estado tiene de la coercibilidad. Esta diferencia es una consecuencia del carácter bilateral del derecho, pues si no hay coercibilidad (al menos potencial), de nada sirve tener la facultad de exigir el cumplimiento de una conducta.

La fuerza característica del Derecho es una fuerza organizada socialmente, téc-

nicamente ordenada; el derecho es esencialmente coercible. En cambio, los Convencionalismos, carecen de un aparato coercitivo socialmente organizado.

Esta es para Kelsen la diferencia principal, pues él considera la coercibilidad como el elemento distintivo y fundamental del Derecho.

3.3 La sanción del Derecho es determinada y la de los Convencionalismos es indeterminada.

3.3.1 En el derecho la sanción está determinada siempre en cuanto a la forma y cantidad de la misma o, al menos es determinable de acuerdo con procedimientos y por personas definidas por el ordenamiento jurídico.

En los convencionalismos sociales las sanciones son generalmente indeterminadas no sólo en cuanto a su intensidad sino también en cuanto a su forma y naturaleza.

3.3.2 Por lo mismo, las sanciones jurídicas son objetivas por estar previamente señaladas en las normas; y, además, deben aplicarse por órganos especiales de acuerdo con un procedimiento determinado. No se puede decir lo mismo de la sanción de los usos sociales, pues ellas no pueden preverse siempre y su intensidad y forma dependen de circunstancias esencialmente subjetivas. Es que al incumplir una norma de cortesía nadie sabe exactamente, de antemano, la consecuencia que en el círculo social respectivo conllevará su actuación, ni la forma, clase e intensidad de la sanción.

3.3.3 Y, además mientras la sanción jurídica busca obtener el cumplimiento forzado de lo prescrito en la norma; o, la sanción correspondiente a la conducta contraria, la sanción de los convencionalismos sociales se traduce en una represalia del grupo pero, generalmente, no pretende forzar su cumplimiento.

4. Semejanzas entre la Moral y los Convencionalismos sociales.

4.1 Ambos son unilaterales, porque en ninguno de los dos sistemas hay frente al sujeto obligado una persona facultada para exigir el cumplimiento de la norma.

4.2 Ambos son incoercibles, pues tanto en la Moral como en los Convencionalismos, el cumplimiento de sus preceptos debe ser libre; nunca coaccionado.

4.3 Sus sanciones no persiguen el cumplimiento forzoso de la norma violada y son indeterminadas.

5. Diferencias entre Moral y Convencionalismos Sociales.

5.1 En la Moral se predica una interioridad predominante y no exclusiva, porque ella también se ocupa de acciones externas, especialmente en cuanto a los pensamientos han logrado exteriorizarse. En los Convencionalismos sociales se predica una exterioridad exclusiva. Por lo mismo, hay más oposición entre Con-

vencionalismos sociales y Moral que entre ésta y Derecho.

5.2 En la Moral se habla de autonomía, puesto que la obligación prescrita procede, en esencia de la misma persona obligada. En cambio, de los convencionalismos sociales se predica heteronomía, pues ellos preceden de un grupo social y objetivo e independientemente vinculan al obligado.

5.3 La Moral se dirige al individuo en cuanto tal, vinculándolo como ser individualmente considerado. Los Convencionalismos someten al individuo como miembro de un grupo social.

5.4 La Moral es sus principios básicos es universal; Ejemplo: "Haz el bien"; este principio no admite cambios ni en el espacio ni en el tiempo; los Convencionalismos sociales, en cambio son completamente particulares y cambian según los lugares y las épocas.

6. Doctrinas que niegan entidad autónoma a las reglas del trato Social.

Ciertos autores han creído imposible las diferencias anteriormente hechas y niegan la categoría de sistema de normas independientes a los Convencionalismos sociales. Por ejemplo, Jorge Del Vecchio opina que "la conducta del hombre sólo puede ser del objeto de regulación moral o jurídica" y que "los Convencionalismos sociales pertenecen al ámbito de la Moral, en cuanto no facultan a nadie para exigir la observancia de las obligaciones que postulan". Con base en la teoría de García Maynez puede contestársele a Del Vecchio argumentando que, a pesar de ser normas sólo imperativas, (No imperativo - atributivas como las jurídicas) los usos sociales no son morales, pues ellos regulan exclusivamente al aspecto externo de la conducta humana.

Según Gustav Radbruch, "Los usos o Convencionalismos sociales no son más que, o derecho en embrión, es decir, normas de derecho imperfectas, o degeneración de normas jurídicas. Radbruch parte sobre todo de la pregunta ¿A qué apuntan los usos sociales?, de la cual dice que si se trata de responder, el intento resulta fallido. Podemos criticar la tesis de Radbruch diciendo que las normas jurídicas son tales cuando son perfectas, esto es, cuando reúne las cuatro características propias y tiene validez, o cuando no han degenerado, es decir, cuando no han perdido ninguna de esas características pues cuando no las reúnen o las han perdido esas normas ya no son jurídicas. Por lo tanto, los Convencionalismos sociales no pertenecen al ámbito del Derecho ni de la Moral, pues son normas con entidad autónoma.

De otro lado, el no saber a qué valor apuntan los Convencionalismos sociales no hace forzoso su encuadramiento dentro del Derecho.

PARALELO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE DERECHO, MORAL Y USOS SOCIALES

DERECHO	CONVENCIONALISMOS	MORAL
Heteronomía	Heteronomía	Autonomía
Coercibilidad	Incoercibilidad	Incoercibilidad
Bilateralidad	Unilateralidad	Unilateralidad
Exterioridad fundamental	Exterioridad exclusiva	Interioridad fundamental
Carácter social	Carácter social	Carácter individual
Sanción determinada	Sanción indeterminada	Sanción indeterminada

BIBLIOGRAFIA

1. García Maynes, Eduardo. **Introducción a la Ciencia del Derecho**
2. Gaviria Díez, Carlos. **Introducción al Derecho. Tesis de Grado, Capítulo 3o. El Derecho y las normas del Decoro**
3. Recasens Siches, Luis. **Tratado General de la Filosofía del Derecho, Capítulo 4o.**

CAPITULO IV

PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO

1. Definición general del Derecho

1.1 El derecho como norma reguladora de la conducta humana.

De una manera descriptiva podemos definir el Derecho en referencia a una norma positiva como "un orden o sistema de normas heterónomas, reguladoras de la conducta humana, de carácter bilateral, que rigen de modo preferente el comportamiento externo en las relaciones entre personas y que pueden ser impuestas coercitivamente por la autoridad estatal". En esta definición quedan comprendidos los conceptos vistos en los dos capítulos anteriores.

1.1.1 Stammler dice del Derecho que es "un querer entrelazante, autártico e inviolable". "Y agrega: Es una "forma lógica especial". Cuando este autor habla de **querer** se refiere a que el Derecho pertenece al reino de los medios y los fines y no a que sea un proceso síquico especial de la voluntad humana. Quiere decir, además, que está buscando un fin y no que sea un fin, pues acepta que es un medio. En otras palabras, Rudolf Stammler denomina querer (Wollen), es decir, propósito, al tipo de ordenación de la conciencia, a una estructura conceptual presidida por las nociones de fin y medio, esto es, ordenada teleológicamente.

Cuando este tratadista Alemán habla de "entrelazante" quiere significar que ese querer no va dirigido a la persona individualmente considerada, sino en su relación social; es decir, que el Derecho regula lo social. Social es aquí sinónimo de entrelazante por cuanto la norma coordina el comportamiento de los diversos individuos.

"Autárquico" en la definición comentada expresa que ese querer entrelazante quiere realizarse por encima de todo, sin consultar la conformidad o adhesión del obligado; es decir, ese querer es heterónimo y coercible.

Al referirse Stammler a ese querer como inviolable está queriendo significar que el Derecho es un concepto, el jurídico, que lleva consigo la característica de la permanencia y la regularidad, es decir, que excluye la posibilidad de excepciones.

Esta noción del Derecho de Stammler supone una forma y un contenido, forma que no es otra que una forma lógica pura y a priori; y contenido, formado por las instituciones jurídicas, instituciones cuya existencia es comprobada por medio de la experiencia. Por eso es una forma lógica especial; exige un pensamiento unitario que determina, en contacto con la realidad, su campo de acción y sus casos particulares.

1.1.2 Luis Recasens Siches, por su parte, concibe el Derecho como un "conjunto de normas con unas ciertas características, elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de determinadas condiciones y necesidades sentidas en su existencia social y con el propósito de realizar ciertos valores en su vida colectiva". De esta manera nos esboza tres dimensiones de los jurídicos:

1.1.2.1 El derecho es obra humana; y lo es porque el hombre es el modo o medio de expresión de los actos del orden jurídico. Ahora bien, Recasens luego de estudiar cada uno de los objetos (físicos, síquicos, valores, etc.), concluye que existe la esfera de la vida humana, siendo ésta viviente u objetividad. El autor español ubica en esta última esfera el Derecho, y dice que cuando las normas humanas son realizadas en conductas, por ejemplo en el obrar de un juez, constituyen vida humana viviente, pero que una vez están formuladas en leyes, sentencias, etc., constituyen vida humana objetivada. Hasta aquí se entiende que esas normas han sido elaboradas; pero también son "vividas" por los hombres, como dice Recasens puesto que tales normas son cumplidas una y otra vez y son aplicadas. Vuelven, dice Recasens, a controvertirse en vida humana viva.

1.1.2.2 El Derecho tiene forma normativa. Proposición de forma normativa es, en la teoría del iusfilósofo español, aquella "cuyo contenido tiene su origen en una elaboración humana". A ello se refiere cuando habla de "estímulos sentidos en la existencia social".

1.1.2.3 El Derecho intenta realizar varios fines: tampoco quiere decir este tratadista que el Derecho sea un fin, sino que es un medio puesto para la realización de fines varios. Entre tales valores, que no son el derecho mismo y, por lo mismo, no le definen, encontramos los de justicia, coexistencia pacífica, orden, seguridad, etc.

1.1.3 Hans Kelsen concibe el Derecho como un orden coactivo y soberano de la conducta humana, como "un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas". Y el sentido del término coactivo es prácticamente aclarado por el mismo Kelsen, quien dice que en el siglo XIX se consideró la norma jurídica "como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción". Y agrega. "En este punto la Teoría Pura del Derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado".

1.2 El Derecho como ciencia

Gustav Radbruch habla de la ciencia jurídica como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho Positivo. Para él, el concepto de Derecho prácticamente descansa sobre la idea del Derecho, que no es otra que la justicia.

Enrique Aftalión dice que Ciencia Jurídica es la ciencia cuyo objeto es el Derecho (como norma), la jurisprudencia y la dogmática jurídica.

Hay también otros términos para designar el Derecho especialmente usados por los Anglosajones, tales como dogmática jurídica y jurisprudencia, el último de los cuales es empleado en nuestro medio también para designar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de los Tribunales Superiores.

2. Derecho objetivo y Derecho Subjetivo

2.1 Derecho en sentido objetivo

El derecho en sentido objetivo son las normas jurídicas imperativo-atributivas que además de imponer deberes conceden facultades.

De acuerdo con esta definición, son Derecho objetivo todas las normas de un Código, o un decreto, una ordenanza o un acuerdo. Son también Derecho objetivo las normas que se encuentran vigentes en determinado momento.

Ahora bien, no se designa así solo a un conjunto de normas, sino también a una norma jurídica singular, que puede, por ejemplo, estar constituida por un artículo de un Código (art. 178 del Código Civil Colombiano, v. gr.); pero no todo artículo de un Código es, sin embargo, una norma. Los artículos que no constituyen por sí solos normas, necesitan del llamado sistema de concordancia, es decir, de la relación o conjugación con otro u otros artículos del mismo o diferentes códigos o leyes para llegar a reunir todos los elementos que son indispensables para la configuración de una norma jurídica completa.

2.2 Derecho Subjetivo

El carácter bilateral del Derecho y la facultad conferida por la norma jurídica de derecho objetivo a la persona, ha dado lugar a la doctrina del Derecho subjetivo.

Derecho subjetivo es la posibilidad que el Derecho objetivo confiere a la persona para hacer u omitir lícitamente algo.

Entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo existe una correlación perfecta. El Derecho subjetivo es una función del Derecho objetivo colocado en cabeza de una persona, y éste es la norma jurídica que permite o prohíbe. La norma en cuanto tal, hace parte del Derecho objetivo ya sea cuando impone deberes o cuando concede facultades.

La posibilidad que tiene una persona para ejercitar las facultades otorgadas, por la norma de derecho objetivo es lo que llamamos Derecho subjetivo. Pero la facultad abstracta y en cuanto hace parte de la norma, no es Derecho subjetivo sino parte del objetivo; sólo cuando esa facultad entra en relación con la persona, podemos hablar de Derecho Subjetivo.

Por lo mismo, el Derecho subjetivo no se concibe fuera del Derecho objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprima a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

Con base en lo anterior, resulta anticientífico, entonces, sostener que el Derecho subjetivo es anterior al objetivo en el tiempo o a la inversa; y lo es, porque sin presuponer la existencia de una norma reguladora de la conducta humana, cualquier juicio sobre existencia o inexistencia del Derecho subjetivo resulta imposible. Quienes defienden la tesis en análisis, formulada con afán ideológico y político más que científico, han variado últimamente la doctrina inicial, diciendo que en la actualidad si no se puede concebir el Derecho subjetivo sin el objetivo, que el planteamiento se refiere es la antigüedad. Pero se puede concluir que también en la antigüedad es necesario suponer la idea del Derecho objetivo para hablar de Derecho subjetivo.

Tan anticientífica como la tesis arriba criticada, es la que sostiene que es el Derecho objetivo el primero en la historia.

3. Derecho vigente o válido y Derecho Positivo o efectivo.

Llamamos Derecho vigente o válido al conjunto de normas jurídicas que en un momento dado y en un Estado determinado han sido establecidas por los órganos competentes o autorizados y que son obligatorias. El derecho vigente está por esto, conformado por todas las normas que en un momento dado se hallan en obligatoria observancia.

Derecho positivo o efectivo es el Derecho vigente, que está en cierta medida en conformidad con los hechos sociales que regula y cuyas normas son efectivamente aplicadas.

De acuerdo con lo anterior, todo Derecho Positivo es a su vez Derecho vigente, pero no toda norma de Derecho vigente es norma de Derecho Positivo.

Entre vigencia y positividad hay diferencias. La vigencia de una norma es un atributo formal, es el sello de validez que el Estado imprime a las normas jurídi-

cas. La positividad, en cambio, es un hecho que estriba en la observancia o acatamiento de una norma vigente. Así todas las normas dictadas por los órganos autorizados tienen vigencia, más no siempre tienen eficacia, porque no toda norma es acatada u obedecida.

Para que una norma sea vigente no importa que se cumpla o no, que se aplique o no. Desde este punto de vista, el precepto o norma de Derecho que no se aplique sigue en vigencia mientras otra norma no lo derogue o anule.

Tal principio, de que la inobservancia y la costumbre no derogan las normas se encuentra consagrado en nuestro Código Civil en sus artículos 8 y 71 en artículo 13 de la Ley 153 de 1887, entre otros.

Un claro ejemplo de una norma vigente pero no positiva o efectiva lo constituye el artículo 4 de la Ley 88 de 1947, que en su texto dice: "Desde la vigencia de la presente ley queda prohibido el expendio de bebidas fermentadas, chicha y guarapo a menos de doscientos (200) metros de la plaza principal del Municipio respectivo, lo mismo que los establecimientos de educación o beneficencia".

La posibilidad de que exista un Derecho dotado de vigencia pero desprovisto de eficacia, se presenta sólo en el caso de normas aisladas, pues tratándose de todo un ordenamiento si éste en ningún caso fuere obedecido o aplicado, es decir, si fuere sistemáticamente desconocido, no estaría dotado de ninguna eficacia.

El Derecho, por definición, regula relaciones entre personas. No es necesario una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y su obediencia. Por el contrario, por la misma razón de ser del orden jurídico, es indispensable la posibilidad de que se presente alguna discordancia entre el orden normativo y el comportamiento efectivo del grupo social.

Pero un ordenamiento que en ningún caso fuere obedecido ni aplicado carecería completamente de eficacia, de posibilidad y, en consecuencia, ya no sería ordenamiento JURIDICO.

Puede decirse que cuando en un ordenamiento jurídico una o varias normas aisladas pierden eficacia, esto en parte se debe a que los órganos estatales no quieren ejercer su poder de coacción para hacerlas cumplir.

④ Derecho Positivo y Derecho Natural

Uno de los grandes temas a los que siempre se ha visto abocada la ciencia del Derecho, y, más aún la filosofía del Derecho, es el de la validez de las normas jurídicas.

¿Qué hace que una norma sea válida? ¿Qué es lo que obliga a cumplir una determinada norma? ¿Es acaso la justicia intrínseca de su exigencia? ¿O la autoridad, en veces arbitraria, del gobernante? Por la respuesta que se da a los anteriores interrogantes se pueden clasificar las opiniones en dos grandes escuelas: IUS-POSITIVISTA y IUS-NATURALISTA.

El positivismo jurídico afirma que la validez del derecho es meramente formal; es decir, que las normas jurídicas valen en cuanto han sido dictadas por la autoridad competente y con arreglo a los procedimientos previstos en otras normas jurídicas superiores, sin detenerse a analizar el contenido justo o injusto, bueno o malo, plausible o reprobable que tenga cada norma jurídica individualmente considerada, o incluso todo un ordenamiento jurídico.

Las escuelas iusnaturalistas por el contrario, consideran que para que una norma sea verdadero derecho, ésta debe tener validez material, intrínseca, es decir, su contenido debe ser justo, o bueno, o conveniente, pues de lo contrario, es iniquidad y por lo tanto no es derecho sino arbitrariedad.

Para los defensores de la escuela del derecho natural, hay dos características fundamentales de ese derecho que son la inmutabilidad y la universalidad, lo cual quiere decir que el derecho natural es siempre el mismo, puesto que lo que es justo hoy, no podrá ser injusto después y viceversa; y, además, ese derecho debe ser obligatorio en todo lugar puesto que lo que es justo en un lugar, no puede ser injusto en otro y viceversa.

La distinción entre los diferentes significados de la expresión “positivismo jurídico” (como modo de aplicarse al estudio del derecho, como teoría, como ideología) sirve para eliminar muchos equívocos en la tradicional disputa entre los partidarios del iusnaturalismo y los del positivismo jurídico.

Las expresiones iusnaturalismo y positivismo jurídico han sido adoptadas con significados tan diferentes que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en diversos planos según que se trate de uno u otro significado. En verdad, sólo en uno de estos significados constituyen una auténtica alternativa los dos términos: Si se entiende por iusnaturalismo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo sosteniendo la supremacía del primero sobre el segundo y, por positivismo jurídico, aquella corriente que no admite tal distinción afirmando, que no existe otro derecho, que el derecho positivo.

Por iusnaturalismo entonces entendemos la teoría que pregona la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo, la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El positivismo jurídico es monista; el iusnaturalismo, dudista.

4.1 Principales Escuelas del Derecho Natural

4.1.1 Escuela Cosmológica.

Sus orígenes los encontramos en los sofistas griegos (Hippias, Licofrón, Calicles y Gorgias, entre otros) quienes distinguían dos tipos de normas: unas, las que rigen la naturaleza, leyes que por lo mismo, no son creadas por el hombre, y otras, las leyes positivas de creación humana, estas últimas, tienen la finalidad de perfeccionar al hombre conforme a su naturaleza-naturaleza que está regida por las leyes del primer tipo—. Las leyes humanas pues, son una forma de realizar, aún mejor

las leyes de la naturaleza. Sin embargo, a partir de estos postulados se elaboran doctrinas contradictorias; para Hipias y Licofrón el ordenamiento positivo debe dar a los hombres un trato igualitario, puesto que su naturaleza biológica es también igual. En consecuencia, las castas y las clases sociales carecen de justificación y no debe haber ni esclavos ni nobles.

En cambio para Calicles es falso que los hombres sean biológicamente iguales, cree él que las desigualdades existentes entre los hombres tienen mucha más trascendencia que sus igualdades y, por lo mismo, el derecho positivo debe mantener y favorecer las desigualdades naturales. En consecuencia, es natural y así deben consagrarlo las leyes del estado que el fuerte someta al débil, que el más hábil sea más rico, etc. Las doctrinas de los sofistas revelan de una forma palpable la esencia de todas las doctrinas iusnaturalistas cual es la de buscar en la naturaleza (el ser) la indicación de la norma de conducta debida (debe ser). Esa deducción del deber ser, a partir del ser, es lo distintivo de toda la doctrina iusnaturalista.

4.2.2 Escuela Antropológica.

Representada principalmente por las grandes figuras de la filosofía griega: Sócrates, Platón y Aristóteles.

Dentro de la línea general del iusnaturalismo consistente en que en la naturaleza puede hallarse la norma de conducta apropiada para los seres humanos, ésta escuela supone que el ordenamiento jurídico ideal debe ser aquel que se adecúe a la naturaleza del hombre (y no a la naturaleza física como la escuela cosmológica).

Sócrates distingue las esferas instintiva y racional en el hombre. Para él, el autodominio, es decir, el sometimiento de los instintos por la razón, es lo que hace al hombre libre. Sócrates se esforzó igualmente por encontrar un contenido inmutable y universal para los conceptos justo, bueno, etc., pero, acepta no obstante la validez de las leyes positivas puesto que las considera imprescindibles para el mantenimiento del estado; es legendaria su sentencia dirigida a los críticos del sistema: "quien tenga por injusto el ordenamiento vigente, que enseñe otro mejor".

Platón continúa la obra Socrática de buscar el contenido de los principios morales y encuentra que ellos sólo pueden hallarse en el mundo de las ideas que son los entes más perfectos, puesto que se trata de verdades racionales eternas. Como ese mundo es inasequible a la mayoría de los hombres, sólo aquellos que lo alcanzan (los filósofos) deben estar en el poder, para que de esa forma las leyes sean justas. En consecuencia, la inmensa mayoría, la masa ignorante, debe someterse, por su propia conveniencia, a los designios de la minoría que es la que conoce lo justo y lo bueno.

Allí se puede encontrar una fundamentación ética filosófica a la norma de gobierno autocrática.

Aristóteles considera que la naturaleza es el mejor estado de las cosas y, que por lo mismo en cuanto las conductas del hombre tiendan a una generalidad concordante con la naturaleza son buenas, "la bondad del fin determina la tendencia del ser". Sin embargo, esta concepción generalista de la naturaleza conduce a este círculo vicioso: lo bueno para el ser es el fin al que tiende. Pero si nos preguntamos cuando un fin es bueno, la única respuesta será: Cuando el ser tienda hacia él. O sea que lo natural es lo bueno, pero sólo lo bueno es natural. Consecuente con esto, Aristóteles afirma que como lo natural al hombre es vivir en comunidad, tal forma de vida es buena; quien no tiende a la vida comunitaria, no tiene naturaleza humana, es una bestia o un dios.

Aristóteles distingue dos categorías de leyes: las particulares que pueden equipararse perfectamente a lo que entendemos por derecho positivo y las generales que son las que constituyen el derecho natural, válido para todas las comunidades, con prescindencia de que éstas les den o no su reconocimiento. Para Aristóteles la justicia y la inmutabilidad son los principios básicos del derecho natural y la función del derecho positivo se reduce a determinar y concretar el contenido del derecho natural.

4.1.3 Concepción Teológica.

Son sus principales exponentes San Pedro, San Agustín, Santo Tomás de Aquino y Duns Scotto. Santo Tomás distingue cuatro categorías de leyes: divina, eterna, natural y humana.

Ley divina es aquella que conocemos por la revelación y que nos señala nuestro fin natural. La ley eterna, es la rectora de la creación; lo que ordena lo universal. Esta ley determina que todo ser tiende hacia lo bueno (notar la íntima relación con el pensamiento Aristotélico). Los seres irracionales participan de la ley eterna inconscientemente; el ser racional tiene en la ley eterna una doble participación. Esa participación de la creatura racional en la ley eterna, es lo que Santo Tomás llama ley natural; el entendimiento del hombre no conoce la ley eterna en toda su extensión, sino únicamente, en sus principios generales. La ley humana positiva, entonces, la completa proyectándola sobre los casos concretos y sólo en cuanto esa ley humana positiva cumple tal función es obligatoria.

Hay en Santo Tomás al igual que en Aristóteles una determinación de lo natural por lo bueno y de lo bueno por lo natural. Así, partiendo del decálogo (que puede considerarse de derecho natural en cuanto todos sus principios son deducibles de la naturaleza humana como que del instinto de conservación se siga la prohibición de matar, por ejemplo), encuentra que los valores cristianos son "lo natural" y de allí deriva su bondad. Un punto débil de esta doctrina se halla en la ausencia de demostración de la naturalidad o no, de los valores cristianos.

En síntesis, el derecho natural es la participación del hombre en la ley eterna y es inmutable incluso para el mismo dios, pues su actividad está determinada por dicha ley.

El problema de como llegan los hombres a conocer los principios del derecho natural, lo soluciona Santo Tomás de la siguiente forma: Todos los hombres tienen la facultad de conocer los principios generales del derecho natural, el mayor de los cuales es el que dice "haz el bien y evita el mal"; este principio es conocido por todos los hombres. Pero sin embargo, al aplicarlo a los casos concretos se puede incurrir en equivocaciones. No obstante nadie debe obrar contra su conciencia, pues quien se equivoca está exento de culpa siempre que su error sea invencible.

4.1.4 Escuela clásica o racionalista.

La escuela iusnaturalista moderna fue creada por Tomás Hobbes. Para Hobbes el derecho sólo puede cumplir su función ordenadora de las relaciones sociales si está dotado de positividad. "De nada sirve el ordenamiento ideal más perfecto, si es inidóneo para encauzar la convivencia", y al contrario, "el más imperfecto ordenamiento positivo tiene un decisivo valor si cumple esa función". Como el hombre es un lobo para el hombre, la función primordial del derecho es esa de ordenar las relaciones sociales y el contenido de aquel es de menor importancia en relación que su función de lograr garantizar la existencia de los ciudadanos.

Es pues, Hobbes el primero en darle una fundamentación inmanentista al derecho, puesto que el valor de éste está en sí mismo, en su función de garantizar la supervivencia de los hombres; no tanto en su conformidad con un ordenamiento ideal, trascendente. Y esta concepción Hobbesiana es perfectamente lógica dentro de su sistema de ideas, puesto que si el hombre es un ser perverso (un lobo para el hombre), es imposible inferir de su naturaleza un sistema ético. En conclusión "de la recíproca malevolencia se deduce la necesidad de un orden, pero no su contenido".

La función primordial pues, del derecho, y por lo mismo del estado, es proteger al individuo; por eso el poder es la contraprestación que exige el estado por la seguridad que brinda a los ciudadanos y se justifica en tanto que garantice el bien supremo: la existencia.

Hobbes no trata de hacer una defensa de los regímenes despóticos, sino de exaltar el poder del estado en función del interés que ampara. Por eso es preferible un gobierno tiránico que garantice la vida, a uno democrático que no le dé garantía alguna. Los filósofos del derecho, deben encontrar pues el punto de contacto entre el derecho ideal y el derecho positivo.

Rousseau elimina la contradicción existente entre lo real (el derecho positivo) y lo irreal (el derecho natural) acudiendo a la idea de la voluntad general. El estado sólo puede gobernar de acuerdo con el interés común, es decir, conforme a la voluntad general. La Justicia se halla siempre en la voluntad general puesto que en ella confluyen la totalidad de los intereses particulares de cada uno de los miembros de la sociedad. Y, en esta línea de razonamiento se llega a la conclusión obligada: buscar el interés común, implica la realización del interés propio y, al mismo tiempo, la ley que busca la realización del interés común siempre es justa; el sólo hecho de ser común hace del interés un valor.

Samuel Pufendorf impugna el iusnaturalismo tradicional; no admite que haya acciones buenas o malas en sí, "pues toda acción debe ser referida al hombre para que sea susceptible de valoración". Para él los principios del derecho natural no son axiomas evidentes, sino reglas de conducta que se deducen del examen y la observación de la naturaleza humana y de las cosas. Al examinar la naturaleza humana, Pufendorf encuentra que su característica más importante es la impotencia del hombre desamparado y de allí extrae el supremo principio normativo, cual es la necesidad de vivir en sociedad. El encuentra que las ideas de libertad y de igualdad, son postulados de derecho natural porque hallan su expresión en la sociabilidad del hombre.

4.1.5 La concepción marxista de la sociedad como doctrina de derecho natural

Cuando Marx aplica al estado la distinción entre la realidad existente, meramente externa, y la realidad verdadera, oculta, como norma, destino ideal de la realidad, adopta exactamente el mismo esquema interpretativo de la doctrina del derecho natural". Esta doctrina supone que la justicia es inmanente en la realidad presentada como naturaleza. Al igual que la doctrina del derecho natural afirma que es posible deducir de la naturaleza el derecho justo, es decir, natural y atribuye a la ciencia del derecho, la misión de descubrir este derecho natural de algún modo oculto en la naturaleza. Marx afirma que se puede "hacer surgir" de la realidad social la justicia del socialismo "como verdad social"; la verdad social que Marx pretende hacer surgir de la realidad social es su propia ideología socialista, proyectada sobre aquella.

Lo que Marx dice del estado puede decirse, exactamente igual, del derecho: que aun cuando no cumple las exigencias del socialismo, contiene en su forma moderna el postulado de la razón, esto es, de la justicia, y que pretende realizar la razón, es decir, ser justo. Por lo tanto, es posible hacer surgir la verdad social, el derecho natural —justicia socialista— de este conflicto entre el derecho positivo y el derecho justo. El medio de solucionar el conflicto es establecer revolucionariamente una sociedad comunista sin clases. El medio para solucionar el conflicto de la sociedad comunista, es inmanente en la realidad social de la producción, y es posible por lo tanto, descubrirlo mediante el examen de esa realidad. Esto es genuina doctrina de derecho natural.

Puesto que, según la doctrina del derecho natural, la razón y la justicia son inmanentes en la naturaleza del hombre, el hombre es bueno, o sea justo, por su propia naturaleza; y puesto, que justicia significa libertad, el hombre es libre por su propia naturaleza. En este sentido, Locke es el representante más consecuente del iusnaturalismo. Como las acciones del hombre son efectivamente injustas, y el hombre en la realidad no es libre, tales circunstancias no pueden ser atribuidas a la naturaleza del hombre (que ya presuponemos buena). La posición de Marx es exactamente la misma. Sostiene que los defectos de la existencia humana en la sociedad capitalista tienen su origen no en la naturaleza del hombre, sino en circunstancias exteriores de su vida; circunstancias que sólo pueden ser las relaciones de producción". Y así como la doctrina del derecho natural, a fin de reconciliar la libertad del hombre, deducida de la naturaleza, con su situación real más o menos

contraria a la libertad natural, distingue dos naturalezas: Una anterior a la caída del hombre y otra, posterior a la caída del hombre, Marx distingue entre la naturaleza del hombre antes de la división de la sociedad en clases y la naturaleza del hombre después de tal hecho". Como la realidad social, la realidad del hombre tiene, por así decirlo, dos capas: una externa, la realidad existente, y otra interna, la realidad verdadera, la esencia del hombre, su idea.

En la sociedad capitalista hay una contradicción entre la realidad externa del hombre y su esencia, su realidad interna, es decir, un conflicto entre lo que el hombre es y lo que debería ser. La libertad, la justicia del socialismo, que es la esencia de la sociedad, oculta por la realidad existente de la sociedad capitalista, se convertirá de nuevo, en la sociedad del futuro, también en realidad externa.

Esto significa que será restablecido el estado de naturaleza, de aquella naturaleza anterior a la "caída del hombre".

La filosofía social de Marx es, en sus puntos esenciales, una doctrina de derecho natural.

4.2 La Crisis del derecho natural.

La importancia del derecho natural era tan grande, que precedía toda discusión en el pensamiento jurídico. La teoría del derecho estaba impregnada de iusnaturalismo. Sin embargo, la no seología Kantiana y el historicismo de Savigny determinaron un viraje decisivo en ella.

Para Kant todo conocimiento y toda valoración es la resultante de aplicar la razón a un conjunto de datos (que se tienen en la memoria por ejemplo) que siempre son contingentes, relativos, incompletos. Luego si el conocimiento está determinado por esos datos contingentes, él no puede pretender validez general, sino sólo parcial; no puede pretender validez absoluta, sino relativa. En consecuencia el principio de la universalidad del derecho natural queda en entredicho.

Para Savigny el derecho es un producto del espíritu del pueblo al igual que la moral, la religión, el arte y el lenguaje. En consecuencia, la tarea de los juristas consiste en codificar aquello que ya existe como derecho en la conciencia popular. Su labor pues, es meramente técnica. Hacer un sistema normativo que contraríe el sentimiento jurídico popular constituye un abuso, aun cuando se haga en nombre de principios éticos superiores. Esta doctrina tienen en común con el pensamiento de Rousseau la superación de la contradicción entre un derecho ideal y el derecho real.

La crítica más completa que se haya hecho al iusnaturalismo procede sin embargo de Hans Kelsen y puede compendiarse brevemente así: a) Es absurdo pretender que el derecho justo sea natural puesto que justicia y naturaleza, valor y realidad, son categorías opuestas o irreductibles.

b) Las doctrinas iusnaturalistas son utópicas pues presuponen inteligencia y vo-

luntad rectas en todos los hombres, al derivar de la naturaleza humana principios éticos absolutos, cognoscibles universalmente. Si el derecho natural se deriva de la naturaleza humana, si el hombre es fundamentalmente bueno porque conoce el bien y encauza hacia él su voluntad, el derecho positivo sobra. Pero si se reconoce que el hombre es perverso (y de ello es prueba el derecho positivo) se está deduciendo entonces el derecho natural, no de la naturaleza humana tal como es, sino como debería ser (y en este sentido sería mucho más válido el derecho natural de Calicles que cualquiera otro). “En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, los iusnaturalistas deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen”.

c) En la estructura de la norma de derecho natural no se encuentra el elemento coactivo y por lo mismo, el cumplimiento de sus preceptos queda a voluntad del destinatario, lo cual conduce inevitablemente a la anarquía.

d) El llamado derecho natural acusa una marcada tendencia hacia la positivización, porque aun admitiendo la existencia de ese orden derivado de la naturaleza, de dios o de la razón, hay que admitir que él sólo puede manifestarse en la forma de reglas generales, abstractas, y ningún ordenamiento jurídico puede agotarse en su fase general, puesto que las conductas que rige son todas particulares y concretas. La aplicación de una norma general a un caso particular implica la creación de una norma individual (que ni está dada en el ordenamiento original), que es hechura del hombre y, precisamente en el hecho de ser creada una norma por una voluntad humana, radica su positividad.

e) El llamado derecho natural está integrado por una serie de juicios de valor que tienden a justificar ciertas conductas o instituciones, o a combatirlas, según el interés existente en cada caso.

f) La fórmula clásica del derecho romano para definir lo que es justo, “dar a cada uno lo que se le debe” es una fórmula vacía, puesto que para saber que es lo que se le debe a alguien es ineludible referirse al derecho positivo.

En síntesis, Kelsen renuncia a la posibilidad de buscar un contenido específico, un principio absoluto que le otorgue validez material al derecho. Basta con que un ordenamiento sea formalmente válido para que sea jurídico, pues el derecho es sólo forma y lo que en esa forma se vacíe, adquiere carácter jurídico con prescindencia de toda indagación ética.

La tarea de buscar lo justo, lo valioso, corresponde a la axiología y no al derecho. La búsqueda de un sistema ideal de normas es un problema metajurídico.

4.3 Renacimiento del derecho natural en la axiología.

Aunque todo ordenamiento jurídico sea un sistema de normas positivas, existen valores que deben ser realizados por tal ordenamiento.

Cossio enumera como valores jurídicos los siguientes: Orden, seguridad, poder,

paz, cooperación, solidaridad, y justicia. La justicia sigue siendo el valor que ocupa el lugar preeminente.

En todo caso no se habla ahora de valores en el sentido de formas lógicas del conocimiento, sino en el de esencias materiales, positivas y a priori que se realizan en la conducta humana. No se deriva el valor del deber ser, sino el deber ser del valor, puesto que todo valor apunta hacia un deber ser.

4.4 Diferencias entre derecho natural y derecho positivo.

Aunque a través de la exposición anterior, ya se han señalado estas diferencias, por una mera pretensión sistemática las sintetizaremos así:

El derecho natural surge de la naturaleza o de un ser supremo. No es un producto artificial, sino que es un sistema innato. Por el contrario, el derecho positivo es creación de un legislador, de la persona humana, del Estado.

La validez del derecho natural no depende de formalidades, pues es intrínsecamente válido en virtud de la justicia de su contenido, es materialmente válido. En cambio, el derecho positivo, para ser válido necesita de formalidades en la elaboración de sus normas. Esos requisitos son dados por otras normas también positivas. Su validez depende de elementos extrínsecos a la norma misma. No se tiene en cuenta la justicia o injusticia del contenido para decidir la validez de la norma, sino el que ésta haya sido elaborada por quien (v. gr. el Congreso) y de la manera (ej. proceso legislativo) como se determinan en otras normas superiores. (Por ejemplo, la Constitución). Su validez, pues, se determina formalmente.

Por esta diferencia dicen los iusnaturalistas que el derecho natural es el único auténtico y que el derecho positivo debe conformarse a él.

– Los principios del derecho natural son universales e inmutables; los del derecho positivo particulares y mutables.

– El derecho natural es incoercible; el derecho positivo es coercible.

– El derecho natural tiene carácter general y abstracto siempre; en cambio el derecho positivo tiene además normas particulares y concretas.

4.5 Diferencias entre Derecho Natural y Moral.

– La moral es unilateral, el derecho natural es bilateral.

– La moral es autónoma, el derecho natural es heterónimo.

– La moral atiende principalmente el aspecto interno de las conductas, el derecho natural se refiere a las conductas que se exteriorizan.

4.6 Conclusiones.

La contradicción entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo es especialmente válida en cuanto entendemos esas dos escuelas como ideologías. En este caso la oposición es neta, tanto que plantea una alternativa. El principio fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: "Se debe obedecer las leyes en cuanto tales"; el del iusnaturalismo, de esta otra manera: "Se debe obedecer las leyes sólo en tanto que son justas. Nótese que la polémica antipositivista conducida en los últimos años por el iusnaturalismo, es una polémica ideológica; es decir, una polémica en la que aquello que se imputa al positivismo es cierta toma de posesión, o, en otras palabras el pasaje subrepticio de un determinado método de investigación a la declaración y exaltación de ciertos ideales, que más tarde conducirían al culto del estado, del jefe, etc.

Relación entre iusnaturalismo y el positivismo jurídico en tanto teorías generales del derecho:

El positivismo jurídico no es exaltación del estado como fuerza moral, nada tiene que ver con el culto del estado, es tan solo la elaboración teórica del voluntarismo jurídico. Una vez que se ha entendido el derecho como voluntad del soberano, se siguen los dogmas de la supremacía. De la ley sobre las otras leyes del derecho y de la norma como imperativo.

Igualmente, considerando sin prejuicios la historia del iusnaturalismo, se observa que las doctrinas iusnaturalistas no coinciden siempre como quieren hacer creer sus modernos abogados defensores con una ética de la resistencia a la opresión de la defensa de la persona frente a las pretensiones del estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley. En las toldas del derecho natural han encontrado refugio, las morales más diversas, tanto la de la autoridad como la de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad de la esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes; tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia.

¿Cómo puede explicarse que haya interpretaciones tan diversas y tan opuestas? y especialmente. ¿Cómo se explica que una y otras sigan llamándose iusnaturalistas? En opinión de Norberto Bobbio esto se explica "dándose cuenta que aquello que une las doctrinas opuestas que han sido llamadas iusnaturalistas, no es una moral o una ideología de la justicia, sino una teoría de la moral, es decir, aquella teoría según la cual el fundamento de las reglas de conducta humana debe buscarse no en la voluntad del legislador (por esencia mutable), sino en la naturaleza humana, constante, uniforme, eterna".

Relación entre iusnaturalismo y el positivismo jurídico como modos diversos de aproximarse al derecho:

El positivismo jurídico, tiene su método científico; puede decirse que lo propio del positivismo jurídico (entendido como modo de aproximarse al estudio del de-

recho) es la adopción del método **positivo** para el estudio del derecho **positivo**. En esta frase el término "positivo" aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda, en el sentido de positivismo jurídico.

Frente al positivismo jurídico así entendido, el iusnaturalismo se manifiesta como reclamo de una definición valorativa del derecho, es decir, de una definición que consideran el derecho no como mero hecho, sino como algo que tiene (o realiza) un valor, limitando el término derecho al derecho justo.

En conclusión: En la medida en que se presentan como dos diferentes ideologías de la justicia, iusnaturalismo y positivismo jurídico son incompatibles: Además presentan una alternativa ante la cual no es posible dejar de elegir.

Cuando se presentan como dos diferentes teorías generales del derecho, iusnaturalismo y positivismo jurídico son también incompatibles, en el sentido de que no se puede sostener simultáneamente la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo y la exclusividad del derecho positivo.

Finalmente, cuando se presentan como dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica: el modo de la toma de posesión y el modo de conocimiento, iusnaturalismo y positivismo jurídico son perfectamente compatibles, puesto que operan en dos planos diferentes; por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con mira a su reforma, y por el otro, el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica. En este último caso, la discusión entre los partidarios de las dos teorías es completamente estéril.

BIBLIOGRAFIA

1. García Maynes, Eduardo. **Introducción a la Ciencia del Derecho.**
2. Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho.**
3. Radbruch, Gustav. **Filosofía del Derecho.**
4. Recasens Siches, Luis. **Tratado General de la Filosofía del Derecho.**
5. Recasens Siches, Luis. **Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX. Tomo I.**
6. Gaviria, Carlos. **Programa de Introducción al Derecho.**
7. Kelsen, Hans. **La Teoría Comunista.**