

PEQUEÑO ESBOZO TEÓRICO PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO

*Francisco Romano Burgos¹
Carmen Cristina Riobó Muto²*

El estudio del Derecho, el análisis del mismo, el comprender su función, es un ejercicio que no es nada nuevo, el gran problema es la falta de interés por dichos ejercicios, año a año se toma otra muestra del experimento, del ejercicio, preguntar en primer año y en quinto, de igual manera, “¿qué es el derecho?”

Es entonces el fin de este artículo, incentivar la duda, el interés por la teoría jurídica, un llamado a rumiar el Derecho, a pensarlo desde nuestras subjetividades.

DEL DERECHO

No equivocados, pero si sesgados, los estudiantes con varios años en la escuela de Derecho repiten “..es el conjunto de normas...” –a lo cual contesto, invariablemente: “¿qué es entonces el sistema jurídico?”. Mientras tanto, en primer año, previo a sus estudios de Derecho, el ‘intuicionismo jurídico’, de manera clara entienden que el Derecho es una ciencia, su carrera, el derecho son garantías; nada lejos de la realidad, ¿Qué está pasando

entonces?, ¿Dónde se perdió el norte? Obviamente hay excepciones a esta tendencia ampliamente marcada.

El Colegio de Abogados hace el llamado a la enseñanza de la técnica, una y otra vez, ¿es el fin de las facultades de Derecho formar técnicos jurídicos?, ¿El fin último del derecho es el litigio?, ¿necesitamos entonces profesionales para esto?, existen, y me corregirán los pedagogos, un llamado al saber y al hacer, entender y ejecutar, así como todos los docentes en un programa de derecho no pueden ser litigantes, ni investigadores, ni maestros del Derecho; debe haber un equilibrio, el profesional en Derecho debe entender y debe poder practicar, por ello un profesional. Los profesionales del Derecho, los juristas, deben ser proactivos, capaces de transformar y de adaptarse, de superar coyunturas.

Nuestro primer momento de crisis, el clarificar que es el Derecho, o desde donde podremos aproximarnos al estudio del Derecho. Definir el Derecho, es un tema que ha causa-

¹ Maestrando en Estudios del Caribe por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho de Familia y Abogado de la Universidad Nacional. Docente de la Universidad Libre – Sede Cartagena y Universidad de Cartagena y asesor del semillero de investigación Postconflicto y Justicia. Cartagena – Colombia. Correo electrónico: fromanob@hotmail.com.

² Estudiante de quinto año de Derecho Universidad Libre – Cartagena. Miembro del semillero de investigación Postconflicto y Justicia. Correo electrónico: ccriobomouthon@gmail.com



do polémica a través de los años, muchos han sido los filósofos, juristas, doctrinantes que se han atrevido a emitir un concepto propio de lo que para ellos es el Derecho, muchas de esas definiciones se ven encontradas, algunas tienen mucha similitud, pero todos definen el Derecho según sus corrientes. Las diferentes escuelas tendrán diferentes planteamientos, las principales de ellas son mencionadas, por sus características (intuicionismo de nuevo) por los estudiantes, el *Ius Naturalismo*, el *Ius Positivismo* y no falta el que plantea el Derecho como parte del sistema de dominación (los Críticos Jurídicos).

Recordando las palabras del maestro Rodolfo Arango, existen 2 derechos, el Derecho y el derecho, para los angloparlantes es mucho más sencillo, *Law and Right*, el derecho objetivo, con mayúscula, y el derecho subjetivo, con minúscula (gran avance).

El Derecho objetivo es la ciencia, el arte, la práctica social dirá Manuel Atienza, como sistema. Es, muchas veces, pasado por alto. Nos quedamos en las normas, en el derecho subjetivo, pero de nuevo, nos quedamos cortos, solo aceptamos como derechos, como normas, las positivas, las que otorgan garantías, dejamos de lado, otra vez, los derechos subjetivos que nos permiten interactuar con el Estado y los que nos establecen prohibiciones, los derechos de no hacer.

Veamos algunas posiciones teóricas:

Para Javier Hervada la ciencia del derecho tiene como finalidad fundamental que la sociedad sea justa, con justicia real y concreta, que se respete y se dé a cada hombre su derecho, aquello que es lo justo.

Su concepto lo realiza desde un punto práctico y realista, también llamado realismo jurídico, plantea que la definición de Derecho depende de la noción del hombre y la sociedad.

Hervada define el Derecho como lo suyo, lo que corresponde a cada uno, son cosas que pertenecen a sujetos determinados y plantea 3 clases de derecho, un Derecho Natural, Derecho Positivo y Derecho Mixto que es la mezcla entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

El derecho dependerá de la atribución previa, existe a partir de la 'repartición'. Por tal, existirá justicia (legalmente hablando) cuando se reestablezca el derecho, se reparé el derecho vulnerado, y en caso de ser una prohibición, se cumpla su pena establecida.

El Derecho positivo emana de la moral, es decir, el conjunto universal Derecho Positivo, contendrá el conjunto Derecho Natural. Ambas corrientes no son excluyentes.



Por otra parte nos dice Kant que el Derecho emana de los juicios morales personales, es decir, que cada individuo tendrá unos límites establecidos, por las leyes de la naturaleza y por la ley moral, ley que deberá pasar el test de universalización. Estableciendo así cuales deberán ser los límites de las actuaciones en razón a la moral que determina el libre arbitrio de cada uno de los súbditos de un Estado.

Afirma Kelsen que el Derecho o la Ciencia del Derecho, pertenece a las ciencias del Espíritu, diferente a las Ciencias Naturales, las que recordamos del colegio, física, biología, si esas. Podremos distinguir 3 órdenes, el orden de las normas, de carácter espiritual, el orden de las conductas, de naturaleza física, y el tercero, los valores, de naturaleza axiológica. De estos órdenes sólo el primero, pertenece al Derecho.

En Marx el Derecho es la expresión de esta voluntad condicionada por los intereses comunes. Léase el Derecho existe a partir de intereses, por tal, el Derecho responderá a dichos intereses de cada nación.

Dirán los anarquistas que dicha herramienta de control deberá desaparecer para lograr desarrollar las libertades individuales. Y algún neo-anarquista como Onfray dirá que las herramientas no son necesariamente malas. Y pensemos en el ejemplo del cuchillo, no es

una herramienta para el mal, dependerá, entonces, de cómo sea usado.

Existen múltiples posiciones teóricas sobre el Derecho, porque existe el llamado a pensar el Derecho, a pensar la práctica social por medio de la cual se organizan los pueblos. En la educación y enseñanza jurídica debemos despojarnos de la concepción del Derecho simplemente como un conjunto de normas jurídicas y debemos construir un nuevo concepto que nos permita entenderlo dentro de las distintas dimensiones de la realidad social. (Lora, 2014)

DEL DERECHO POSITIVO

Al preguntarle a los estudiantes, e incluso abogados, ¿qué es el derecho positivo? Repiten como cotorras mojadas “es el derecho escrito”. Es fácil encontrar definiciones donde nos digan lo mismo.³ El Derecho escrito es el Derecho Positivo, es el conjunto de disposiciones legales escritas, vigentes en un Estado, dictadas por sus órganos competentes, todas las fuentes de internet nos llevan a lo mismo, a una definición universal y sin ninguna contradicción.

Luego, en el ejercicio socrático, viene la pregunta necesaria subsiguiente: ¿Qué pasa con el sistema norteamericano?, ¿Son positivistas?, ¿Es un problema de codificación/escritura o de establecer y repartir?

³ Lamento informarles que en el periodo en el que se redactó este texto, Wikipedia fue actualizado, ya no dice que el Derecho positivo es el Derecho escrito.



El *common law* si hace parte del ius positivismo, ¿qué lo hace diferente al Derecho Natural? Ya mencionábamos que, para los ius naturalistas, incluso el derecho positivo contenía una base o un principio en este Derecho Natural. Pero este último tenía una raíz en la moral, y el primero era, como bien lo mencionaba Kelsen, producto del espíritu humano. Un acuerdo entre miembros de una sociedad para su sana convivencia, no con la base de la corrección sino con la base de la intención, como bien mencionaba Marx, unos intereses a los cuales responde. Rawls proponía que en el momento fundacional de un Estado (piénsese en el viejo y revaluado contrato social) los miembros debían elegir los principios, los pilares del mismo, a partir de este se funda el sistema jurídico de dicho Estado.

DEL DERECHO NATURAL

Antes de dar luces para el estudio del Derecho Natural, debemos aclarar que no son lo mismo las leyes de la naturaleza y las leyes naturales, unas, inamovibles, las conozcamos o no, el ejemplo usado: el arrojar un lápiz, podremos repetirlo mil y una vez, siempre el mismo resultado cada vez que lo arrojamos al aire. Cae. ¿Por qué ocurre esto? Entendamos o no la ley de gravitación universal de Newton, el lápiz seguirá cayendo. Diferente es entonces la Ley Natural, como constructo de la moral, del correcto actuar.

El derecho natural puede definirse como valores o principios que se encuentran en la conciencia de los hombres y en su naturaleza, es aquel derecho propio de la persona.

Tengan en cuenta que no he mencionado nunca que estos sean inherentes a las personas, también son un constructo. Solo que éstos dependerán de una prueba de corrección, mientras las normas del derecho positivo, tendrán también una prueba, solo que la validez no dependerá de juicios morales y abstracciones axiológicas. El ejemplo perfecto: un semáforo. Las reglas que se derivan de esta herramienta existen únicamente en ese sistema acordado al que llamaremos Derecho Positivo. Ningún ejercicio mental o ninguna interiorización te permitirá pensar en la concordancia de los colores y reglas, solo el acuerdo esclarece dicha convención.

EL DERECHO COMO EJERCICIO DE LA VIOLENCIA

Muchas veces olvidamos también que el Derecho es un ejercicio de violencia, es una práctica que juega con las libertades de los individuos de una nación. Como leíamos en la poesía de Yates, "...camina con cuidado, que caminas sobre mis sueños...", pasa lo mismo para los jueces, deberán decidir con mucho cuidado, porque deciden sobre los derechos y libertades de las personas, de los miembros de una Nación, quienes se han unido a ésta para que éstos –los derechos, les sean defendidos.

Hay una imagen que viene a la mente, Eddard Stark, de los textos de caballería fantástica de R.R Martin, y ahora serie de HBO, donde al inicio del libro primero, a la hora de ejecutar el castigo, deberá ser quien tome la decisión. En el sistema nuestro, hemos alejado al juez de la sanción, no es lo mismo sentenciar a pena de muerte que ejecutar a una persona, algunos autores han planteado que la lejanía en un juicio entre el juez y el acusado es para que este, el juez, evite, en lo posible, de afectarse por el dolor del acusado. Ya desarrollaremos un poco más esto.

DE LO CORRECTO Y LO LEGAL

Parecería que vamos perdiendo la noción de la corrección, un tema moral – racional, y empezamos a tomar lo legal por correcto. ¿A qué hacemos referencia con esto?, la privación de la libertad, como cualquier otra pena privativa, es más, como cualquier otra pena, el ser legales no las hace correctas. En este momento, los estudiosos del Derecho, una vez más, fruncen el ceño. ¿Cómo hemos olvidado que el limitar las libertades o derechos de alguien es algo incorrecto? Encerrar a alguien contra su voluntad es incorrecto, siempre. Otra cosa, muy diferente, es que para la debida vida en sociedad, hemos establecido una prohibición, y que su incumplimiento conlleva a una sanción. Se hace necesario, lo necesario no es correcto. Que algo sea legal no lo hace automáticamente correcto.

DE LAS FICCIONES JURÍDICAS

Un último tema a tratar, a presentar para el inicio del estudio de éstos, es el de las ficciones jurídicas. Si mis queridos lectores, el Derecho está lleno de ficciones. Fantasía.

Hace un año, asistía el semillero a un evento en la ciudad de Barranquilla, y para mi sorpresa, un abogado respondía con vehemencia que “la vida iniciaba con la separación completa de la madre y haber sobrevivido por lo menos un instante”. –*shock*. ¿Cómo contestar a esto? Es muy diferente la vida biológica a la ficción que en Derecho existe para establecer el momento en el cual se hace efectiva la atribución de derechos, si, ya habíamos mencionado son atribuidos, son dados, nadie nace con ellos. Eso mis queridos lectores es otra ficción. Hemos mencionado antes, la vida es un tema de las leyes de la naturaleza, podemos escribir lo que queramos, este fenómeno no variará. Si hay derechos o no, es un tema del acuerdo entre las personas pertenecientes a un sistema, no a la vida, no al nacimiento, no al niño, éste proceso natural es independiente de las atribuciones que hagamos desde el Derecho.

Algunos se arriesgarán a decir: el Derecho es una ficción. Ficción con la que se busca establecer reglas a la realidad.



Esperamos ésta reflexión, éste llamado a múltiples reflexiones sirva como incentivo a la deconstrucción y a repensar, a masticar toda la información que recibimos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango R, (1999). ¿Existen respuestas correctas en el Derecho? Editorial Siglo del hombre.
- Atienza, M. (1997) 100 preguntas sobre conceptos básicos de derecho. Editorial Club universitario.
- Atienza, M. (2001) El sentido del Derecho. Editorial Grupo Planeta.
- Cover, R. M. (2002). Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. Gedisa.
- Dworkin, R. (2002). Los derechos en serio, trad. Marta Guastavino, Barcelona. Ariel, 450.
- Hervada, J. (2009). ¿Qué es el derecho? Editorial Temis. 2ª Edición.
- Kant, I. (1784). ¿Qué es la ilustración? Ensayo en versión digital. 2006.
- Kant, I. (1795). La paz perpetua. Versión digital. Editorial del Cardo. 2003.
- Kant, I. (1797) La metafísica de las costumbres. Madrid, Tecnos, 1994.
- Kant, I. (2003). Sobre la paz perpetua, Madrid, Tecnos.
- Kelsen, H. (1960). Introducción a la teoría pura del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.
- Lora, A. A. (2014). La investigación en la enseñanza del derecho para la formación de abogados. Caso universidad de cartagena de indias periodo 1994 – 2014*. Saber,Ciencia y Libertad, 8(2). doi:<http://dx.doi.org/10.22525/sabcliber.2014v9n1.171178>
- Martin, GRR (2011). Juego de tronos. Editorial Plaza y janes.
- Marx, K. (2005). Crítica de la filosofía del derecho de Hegel (Vol. 7). Ediciones del Signo.
- Onfray, M. (2006). La filosofía feroz: ejercicios anarquistas. Libros del Zorzal.
- Rawls, J (1975). Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica. Edición electrónica. 2012.
- Yeats, W. B., & But, I. (2016). Autor: literatura inglesa. Seminarios, 2015(2016).