

## ¿SON LAS ACTIVIDADES DE LA SOCIEDAD GENERADORAS DE DERECHO?\*

THE ACTIVITIES OF THE SOCIETY ARE GENERATING LAW?

*Iván A. Cordero Gutiérrez\*\**

Recibido: marzo 12 de 2014

Aceptado: octubre 21 de 2014

### RESUMEN

La presencia de actividades generadas en la sociedad, actividades que pueden ser consideradas como jurídicas pero que cumplen con la finalidad de orden que caracteriza a la norma jurídica, hace necesario preguntarse si estas actividades son Derecho o son simples fuentes generadoras de este.

La cuestión no se basa en el simple análisis de validez formal o material o en el carácter de coercibilidad propio de la norma jurídica, tampoco se refiere a un debate sobre la reestructuración de las fuentes del Derecho, es un problema epistémico que intenta contestar la pregunta de cuál es el origen del Derecho, su desarrollo, su finalidad y su compromiso respecto a su función.

### PALABRAS CLAVE

Derecho, validez, sociedad, formalidad, legitimación, sociología.

---

\* Artículo producto del proyecto de investigación titulado “Antropología Urbana y Legislación, una mirada a la Comuna 10 La Candelaria de Medellín” desarrollado en 2013 con el auspicio de la Corporación Universitaria Remington, proyecto perteneciente a los grupos GISOR y GIFICUR de la misma Corporación. El autor fungió como coinvestigador en el proyecto.

\*\* Abogado, maestrando en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Docente investigador de la Corporación Universitaria Remington, Medellín- Colombia. Correo: ivan.cordero@remington.edu.co.

## **ABSTRACT**

The concern generated by the presence of activities generated in society that are considered as legal, but meet in order to order legal standards satisfy and justify, makes necessary to ask whether these activities are actually right or simple generators of this. The question is not based on the simple analysis of material or formal validity or enforceability character sets from each other, nor does it refer to a debate on the restructuring of the sources of law, is an epistemic problem that tries to answer the question what is the origin of the law, its development, its purpose and its commitment to its function.

## **KEY WORDS**

Right, validity, society, formality, legitimacy, sociology.

## **1. EL ORIGEN DEL DERECHO**

Voy a partir de esta premisa “el origen del derecho son las actividades o conductas de la sociedad a la cual se le aplica, lo que además delimita su uso y finalidad”.

El derecho nace de la necesidad del hombre, que vive e interactúa en sociedad, de mantener el orden en su entorno y, por ende, repeler la anarquía y el caos. Esa necesidad de orden lo ha llevado a establecer las conductas que deben ser objeto de regulación y, una vez determinadas, elevarlas a la categoría de normas jurídicas para que con su característica imperativa o coercitiva sean de obligatorio cumplimiento, sin importar la calidad o clase de sujeto al cual se encuentra dirigida, pues su esencia se circunscribe a relatar una conducta que deberá ser cumplida para que se genere la consecuencia que contiene (ser y deber-ser).

Es la sociedad entonces, la fuente directa de todas las actividades que deberán ser recogidas en normas jurídicas con el único propósito de conservar el orden establecido en cada sociedad. No es posible entender la existencia de la norma jurídica por fuera de la interacción de los sujetos que componen una sociedad, ya que estas relaciones

que generan las actividades humanas implican una necesidad de regulación normativa que justifican su creación.

Esta interacción o relación con los otros es conocida con el nombre de alteridad la cual es definida por Aristóteles como “la justicia, vista en nuestro trato con otro, no puede ser simplemente ser justo uno en sí mismo. Y este es el principio de la justicia social”. Sin la referida alteridad es imposible que los sujetos sean susceptibles de adquirir obligaciones o de oponer sus derechos a los demás componentes de la sociedad.

Un hombre que vive aislado de cualquier contacto humano no necesita de las normas jurídicas, no necesita del derecho, pues nadie va a desconocer sus derechos y él no tendrá a quién disputárselos oponérselos o siquiera reconocérselos. Un hombre que vive aislado del contacto humano solo deberá obedecer las leyes naturales, pues le queda imposible no envejecer, no enfermarse o dominar los fenómenos naturales que hacen parte de su ambiente.

Entendiendo el derecho como resultado de esa necesidad de orden que debe ser establecido, es imposible abstraerse del concepto de las relaciones que son generadoras de esas normas ordenadoras y que se circunscriben a los seres humanos, los cuales deben ser vistos en una relación en la cual sus intereses constantemente se encuentran enfrentados. De ahí que la materia prima del derecho, por excelencia, sean estas relaciones.

El concepto de alteridad se refiere a la necesidad del derecho de tener como materia prima una relación entre entes, entendida esta como la del uno y la del otro, es decir que los derechos considerados a una persona de forma individual no adquieren relevancia jurídica sino en el momento en el que se enfrentan a los derechos de las otras o de otra persona. Es esta la estructura que fundamenta el derecho sustancial.

La alteridad parte de la existencia de esa interacción entre derechos y obligaciones pero entendida como un fenómeno en el cual se reconoce la titularidad de esa relación en cabeza de cada integrante de la sociedad, es decir de cada sujeto enmarcado dentro de su individualidad.

La sociedad, entonces, genera la necesidad de crear el derecho, estableciendo cuáles conductas serán elevadas a la categoría de normas jurídicas para que consagren derechos disponibles o no disponibles atendiendo al bien jurídico que se pretende proteger.

Según el profesor Novoa Monreal:

El derecho se presenta y vale como un instrumento de organización social, que debe ser puesto al servicio de la sociedad ... para facilitar y permitir una forma de estructura y de relaciones sociales que asegure a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento humano, dentro de una sociedad capaz de promoverlo y asegurarlo. (1985, pág. 17)

## **2. LOS CRITERIOS DE VALIDEZ Y LEGITIMACIÓN DE LAS NORMAS**

El derecho formalmente entendido como aquél que ha cumplido con todas las exigencias de validez y legitimación, según nuestra tradición continental Europea, es un ente inamovible y retrasado respecto a las necesidades sociales, según Bodenheimer (citado por Novoa Monreal, 1985) “el derecho por su propia naturaleza es una fuerza estática, con tendencia al estancamiento y de índole conservadora” (pág. 32), lo que se traduce en una inaplicabilidad o en una aplicación segmentada para algunos componentes de la sociedad.

Según Ripert “no hay ley que no encierre un voto de perpetuidad” (citado por Novoa Monreal, 1985, pág. 33), pero esa perpetuidad que se celebra por la intención de generar orden, pugna con las necesidades sociales que son movibles, volátiles y fluctuantes.

Es la sociedad en su interactuar la que genera el derecho como producto de la contraposición de intereses contenidos en sus actividades que son conocidos como derechos sustanciales, cuya aspiración o fin es la de buscar la paz social y el orden social. Dentro de esas actividades de la sociedad generadoras de derecho, se pretende establecer con esta investigación, cuáles de ellas se enmarcan dentro del concepto de lo legal y de lo ilegal y qué tipo de normas jurídicas (sustanciales y procesales), podría crear.

La acepción de derecho positivo se enmarca dentro de los criterios de validez y de legitimidad, según Novoa Monreal:

Los juristas tienden a considerar como Derecho únicamente al formalmente impuesto , principalmente por razones de validez jurídica formal... los sociólogos estiman que solamente las normas que de hecho se aplican constituyen el Derecho real que impera en una determinada organización social. Entre ambos criterios media la distancia que separa a un acto de voluntad dirigido al cumplimiento de una cierta conducta y la conducta que efectivamente sucede a este acto. (1985, pág. 29).

Para la sociología, entonces, los criterios de validez y de legitimidad se encuentran delimitados por el grado de utilidad y aceptación de las conductas por parte de la sociedad o el segmento poblacional que las adopta como tales, pudiéndose observar una discrepancia respecto a la utilización de dos conceptos con lineamientos y propósitos diferentes.

Para el derecho la validez formal se refiere al cumplimiento de los procedimientos establecidos para la creación de las normas, entendiendo estos como aquellos que determinan los órganos competentes (constituyente secundario) y las fases o etapas necesarias para la generación de las mismas, que traerá como consecuencia la legitimidad de esas actuaciones por parte de la población y del Estado, pues son fruto de una garantía constitucional.

Para la sociología, por su parte, la validez emana del órgano generador de la conducta que a su vez crea la norma jurídica, por lo que la misma se encuentra así mismo legitimada por la población que la aplica, en clara manifestación de aceptación ejerciendo su rol de constituyente primario.

Los dos puntos de vista, el sociológico y el jurídico, confluyen, según Sieyes en que “toda necesidad pública debe correr a cargo de todo el mundo y no de una clase particular de ciudadanos” (1973, pág. 13), entendiendo que la creación de las normas jurídicas es un asunto de competencia por esencia del constituyente primario.

La diferencia en la interpretación y aplicación de los criterios de validez y de legitimidad en la sociología jurídica y en la dogmática jurídica se genera respecto al órgano creador de las normas jurídicas (el constituyente primario o el secundario).

Para la sociología jurídica el constituyente primario es el primer legitimado para la producción del derecho y le delega esta función a sus representantes, por ende la sociedad es quien crea el derecho. Para la dogmática el problema no es de legitimación para hacer las leyes sino que esta, la legitimidad, la considera como integrante de la validez.

Desde esta perspectiva, a la dogmática solo le interesará que quien ejerza la función creadora del derecho se encuentre “debidamente” legitimado para hacerlo. El constituyente secundario, como órgano creador de normas jurídicas, se establece en aras de lograr acuerdos necesarios, como una simple distribución del trabajo, sin estar atado a conceptos de legitimidad o validez, es decir, es más una atribución funcional propia de las reglas o factores de competencia.

Para la sociología jurídica la legitimidad es una cuestión de aceptación de la norma por parte de la población de un Estado. No podríamos imaginar un escenario en donde 40 millones de personas se sienten a discutir un texto de una posible ley, de ahí que la divergencia entre las dos corrientes mencionadas se refiera al hecho de que si el legislador no plasma adecuadamente las necesidades del constituyente primario, la norma por él creada no generará la legitimidad material que se espera de ella.

Otra discrepancia o discusión respecto al origen social del derecho se presenta respecto a los objetos de investigación que la sociología jurídica y la dogmática atienden.

Para Kelsen el problema radica en combinar el ser con el deber-ser, siendo dos objetos de investigación diferentes respecto de los cuales la sociología jurídica solo se debe encargar del primero, es decir del ser, mediante un método de observación inductivo, mientras que, para la dogmática, su objeto de estudio es el deber-ser, es decir cómo debe presentarse el derecho. Por ende, para Kelsen las actividades o hechos de la sociedad no son los generadores del derecho sino actos preparatorios que deben ser encauzados por la dogmática para que tengan validez, o mejor, para que sean lo que el derecho realmente quiere que sean.<sup>1</sup> (Robles Morchón, 1976). Para Ehrlich en cambio el

---

1 “Para Kelsen, el fenómeno jurídico puede ser contemplado desde dos perspectivas diferentes: o bien se puede considerar el Derecho como norma, es decir, una específica regla de deber-ser, o bien como un hecho o fenómeno, como una regla del ser. En el

“Derecho vivo (*lebendeis Recht*) se halla en oposición con el Derecho válido sólo ante el juez y las autoridades (*geltmdes Recht*), no es el Derecho expresado en proposiciones sino el que rige la vida real de los hombres en sus relaciones recíprocas” (citado por Robles Morchón, 1976), de ahí que para él, es necesario abordar los dos objetos de estudio, ser y deber-ser, de forma inductiva mediante la observación de las actividades sociales que le dan origen al derecho:

El Derecho está en la vida social y a ella hay que acudir para conocerlo; en contra de las posturas formalistas y legalistas, que consideran el Derecho como algo ya dado, y cuyo conocimiento supone tan sólo una labor de exégesis desligada del acontecer social, la *Ireie Rechtsfinduazg*, la libre investigación del Derecho, no es un

---

primero de los casos la Ciencia del Derecho, es una *Weirtwissenschaft*, de carácter normativo y deductivo en el segundo, una *Naiturwissenschaft*, que tiene, por ende, como misión, la explicación del fenómeno a través de procedimientos inductivos. *Sein* y *Sollen*, ser y deber-ser, son las dos categorías lógicas sobre las que se asienta la distinta perspectiva de consideración sobre el fenómeno jurídico, dejando bien claro, empero, que el *Sollen* tiene aquí un estricto carácter formal, de la misma manera como puede ser considerado el *Sollen* en otros ámbitos del pensamiento categorial humano.

*Sein* y *Sollem*, pueden coincidir en la realidad; esto es, lo que la norma prescribe puede ser exactamente lo que en realidad sucede, y viceversa: lo que acontece en la facticidad puede coincidir con lo ordenado en la norma; pero no siempre sucede así, ya que ambas categorías se sitúan a dos niveles diferentes. Sobre este dualismo de perspectivas (*Sein* - *Sollen*) y de objeto (regla del ser-regla del deber ser) es sobre el que Kelsen basa la distinción entre Sociología del Derecho (*Soziologie des Rechts*) y Ciencia jurídica (*Rechts wissenschaft*). Teniendo en cuenta que las divergencias de forma de pensamiento (esto es, de método) condicionan la índole del objeto, se hace preciso establecer una dualidad disciplinar entre la ciencia que estudia el ser del Derecho y la que se dedica al deber-ser del mismo. Una ciencia sociológica del Derecho nunca podrá decir cuándo y bajo qué condiciones alguien está autorizado u obligado jurídicamente, sino tan solo qué es lo que realmente hacen o dejan de hacer los hombres en relación a ciertos presupuestos; las afirmaciones de esta ciencia son juicios de realidad, trata de explicar la misma a través de la observación y la categorización y formulación de reglas por un camino inductivo. En cambio, una Ciencia del Derecho (*Reichtswissenschaft*) se centra en el estudio de lo que debe ser según el Derecho, es una ciencia valorativa (*wer - tende*;) en el sentido puramente formal y no explicativa (*erkläreirde*) de la realidad fáctica; se trata por tanto de una ciencia jurídica normativa. (*normavtivei Rejohtsiwisse~nschaft*); es, pues, inadmisibles un sincretismo metodológico de ambos planos, del *Sollen* y del *Sein*, del valor y del hecho, y en consecuencia de la Ciencia del Derecho normativa y de la Sociología del Derecho explicativa, que es, lo que al parecer de Kelsen, intenta Ehrlich en la *Grundlegung*. De la mezcla del *Sein* y del *Sollen* y por tanto, de la confusión de planos epistemológicos y objetos de conocimientos es de la que adolece en su opinión la obra ehrlichiana.”

conocimiento exegético sino que su misión consiste en investigar lo que realmente el Derecho es, al manifestarse en la vida social de los hombres. No presupone el Derecho sino que va a su encuentro en la realidad social. (Robles Morchón, 1976, pág. 188)

Siguiendo a Novoa Monreal (1985) en el planteamiento, él afirma que las proposiciones jurídicas establecidas -leyes y sentencias- no generan reglas de comportamiento reales, como lo afirma Eugene Erlich, sino que estas son creadas directamente por la sociedad, generando la permanente actualización del derecho, en contraposición, Kelsen afirmó que una de las condiciones de validez de la norma se refiere específicamente al efectivo acatamiento de la misma por los ciudadanos. Por ende, según este autor “la realidad y las necesidades sociales tienen en último término, más poder normativo que la voluntad de un legislador” (1985, pág. 30).

Frente a esta afirmación del profesor Novoa, es importante reflexionar si el legislador hace parte o no de esa realidad y de la necesidad social. La lógica indica que el legislador no puede ser ajeno a esa realidad o a la necesidad social, pues estas originan la conducta que será objeto de regulación. En este sentido se presentan unas líneas de congruencia ineludibles para el legislador so pena de atentar contra la función legislativa encargada a él por el constituyente primario.

En este punto debemos diferenciar entre:

El Derecho *socialmente imperante* (o reglas de comportamiento real) que se erige como la normativa jurídica que efectivamente recibe aplicación en un medio social determinado, es decir, las prácticas jurídicas que los miembros de la comunidad reconocen y admiten en su vida real y el Derecho *formalmente impuesto* (o normas de decisión, *Larenz*), que es el que la autoridad estatal ha querido imponer mediante reglas obligatorias de conducta, las que en la práctica pueden no ser cumplidas en todo o en parte por los miembros de esa comunidad. (Novoa Monreal, 1985, pág. 29)

De estas reflexiones surgen estas preguntas:

- ¿Las normas jurídicas generan reglas de comportamiento real?
- ¿Las conductas de la sociedad generan reglas de comportamiento real?

- ¿El comportamiento real generado por las actividades de la sociedad cumple con el objetivo de mantener la paz y el orden social?
- ¿Las normas jurídicas cumplen con el objetivo de mantener la paz y el orden social?

Antes de hacer un acercamiento a las respuestas que sugieren estas preguntas, haré algunas precisiones conceptuales que justifican la extensión de la siguiente cita:

**Grupo social:** es una colectividad unitaria identificable, estructurada y más o menos permanente de individuos que tienen estatus distintos, que desarrollan roles, mantienen relaciones recíprocas, siguen normas concretas (quien no las cumple es expulsado), se aglutinan en torno a unos valores y pretenden conseguir unos objetivos. Todo grupo es una realidad dinámica, desarrolla una actividad en consonancia con sus normas, intereses y valores para conseguir sus metas.

**Grupo informal:** es aquel que se forma espontáneamente, de hecho, y cuando se forma sus componentes no tienen una idea clara de lo que pretenden (objetivos) ni unas normas de actuación y una estructura organizativa predeterminadas.

**Grupo de pertenencia:** en sociología se entiende por pertenencia la identificación de un individuo miembro de un grupo con los valores de ese grupo; no basta, pues, la mera adscripción al grupo para la pertenencia, esta es la disposición permanente del individuo a estar incluido en el grupo.

**Grupo de referencia:** este concepto fue elaborado en 1942 por Hyman. El punto de partida de este grupo fue que advirtieron que no todos los miembros de un grupo X de pertenencia moldeaban sus actitudes y sentimientos según este grupo y, entonces, los sociólogos sospecharon la existencia de otro tipo de grupo, al que llamaron grupo de referencia. Este es un grupo ajeno al que nosotros pertenecemos pero que, sin embargo, ordena nuestro comportamiento (nos proporciona normas, valores, modelos), es decir, no formamos parte materialmente de él pero nos dejamos moldear por sus pautas de comportamiento. (Por ejemplo, una persona que no pertenezca a la jet-set pero que imite sus modos de actuar).

**Pauta de conducta:** son aquellas formas generalizadas y fijas de comportamiento que señalan en cada momento a los individuos qué es lo que tienen que hacer. (Por ejemplo- siguiendo con el símil automovilístico- pararse ante un semáforo en rojo o el saludo – con sus diferentes versiones-).

**Acción social:** objeto de estudio de la sociología, es el análisis del comportamiento humano en los diferentes medios sociales. La acción humana está estructurada de acuerdo a normas compartidas y aceptadas por los miembros de una colectividad.

**Interacción social:** en la **interacción social** los individuos se influyen mutuamente y adaptan su comportamiento frente a los demás. Cada individuo va formando su identidad específica en la interacción con los demás miembros de la sociedad en la que tiene que acreditarse.

**Socialización:** es un proceso de influencia entre una persona y sus semejantes, un proceso que resulta de aceptar las pautas de comportamiento social y de adaptarse a ellas.

**Desigualdad social:** distribución desigual de oportunidades y recursos dentro de una sociedad homogénea.

**Control social:** autoridad ejercida por la sociedad sobre las personas que la componen. Los agentes de control social son mecanismos reguladores de la vida social, ya sean o no institucionales.

**Cambio social:** modificación o variación de las estructuras sociales que se hallan incorporadas a normas, valores, productos y símbolos culturales. El cambio social es un fenómeno colectivo que afecta a las condiciones o modos de vida de un importante conjunto de individuos.

Por su parte, Berger y Luckmann (2001) precisan los siguientes conceptos:

**Realidad y conocimiento:** el hombre de la calle no suele preocuparse de lo que para él es “real” y de lo que “conoce” a no ser que algún problema le salga al paso. Su “realidad” y su “conocimiento” los da por establecidos.

Definir la “realidad” como una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición (no

podemos “hacerlos desaparecer”) y definir el “conocimiento “como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas. En este sentido (reconocidamente simplista) dichos términos tienen relevancia tanto para el hombre de la calle como para el filósofo. El hombre de la calle vive en un mundo que para él es “real”, aunque en grados diferentes, y “sabe”, con diferentes grados de certeza, que este mundo posee tales o cuales características. (pág. 13)

Volviendo a las preguntas formuladas más arriba, puede decirse, frente a la pregunta de si las normas jurídicas generan reglas de comportamiento real, que esta pregunta puede ser vista como una afirmación correcta pues el deber-ser de la norma genera comportamientos obligatorios reales de los individuos dentro de la sociedad, finalmente la norma jurídica es creada para generar este efecto.

Con respecto a la segunda pregunta, es decir la de si las conductas de la sociedad generan reglas de comportamiento real, de acuerdo con los conceptos y la teoría presentados en este escrito la respuesta sería afirmativa y las observaciones hechas en campo durante el desarrollo de la investigación podrán dar cuenta de esta afirmación<sup>2</sup>

Frente a la pregunta ¿el comportamiento real generado por las actividades de la sociedad cumplen con el objetivo de mantener la paz y el orden social? reitero lo relatado en la repuesta anterior, pues el convencimiento teórico a veces no es suficiente y de ahí la necesidad de esta investigación.

Frente a la pregunta ¿las normas jurídicas cumplen con el objetivo de mantener la paz y el orden social? tendría que responder que, bajo la óptica de la dogmática jurídica, ese objetivo es el fin de las normas jurídicas, pero el argumento sociológico es bastante evidente en el sentido de cuestionarlo. El resultado de la observación inductiva dará más luces sobre este aspecto, teniendo gran cuidado de no caer en graduaciones subjetivas respecto a los conceptos de paz y de orden social para evitar sesgos.

---

2 Los resultados de la investigación serán publicados próximamente en el texto “Antropología urbana y legislación: una mirada a las conductas del orden social de los jóvenes de la Comuna 10 La Candelaria de Medellín” que saldrá bajo el sello del Fondo Editorial Remington perteneciente a la Corporación Universitaria Remington de Medellín.

### 3. EL PROPÓSITO DEL DERECHO

El reconocimiento del orden y la paz social que generan las actividades de la población, son una realidad que esta le reclama al Estado y al derecho, o al menos a sus académicos, como lo expresa el profesor Novoa Monreal:

Una conciencia muy desarrollada en ciertos niveles intelectuales latinoamericanos impulsa a muchos universitarios a levantar la vista más allá de su quehacer particular, a fin de verificar las necesidades de la sociedad que los circunda y sostiene y de apreciar la forma como pueden retribuir a esta, dentro de su especialidad específica. En el caso de los juristas, esa inquietud debiera vaciarse en un análisis acerca de cómo puede el derecho seguir siendo el sostén de un estatus injusto o como puede contribuir a remediarlo. (1985, pág. 16)

Esta pretensión de la población se justifica ya que según el citado autor “el derecho aparece despegado incluso de las concepciones económicas y políticas dominantes y que no se ajusta a los proyectos concretos de vida social que afloran en los espíritus más progresistas” (pág. 16). Para poder atender a este llamado social “es preciso abandonar las posiciones rígidamente jurídicas. Solamente si obtienen información apropiada sobre el acontecer social y se disponen a utilizarla, junto con sus conocimientos técnicos, en beneficio efectivo de una mejor organización social, podrán hacer del derecho algo actual y eficiente” (Novoa Monreal, 1985, pág. 17).

Estas actividades de la población generan paz social y orden, cumpliendo con los fines, propósitos o justificaciones que la norma jurídica se plantea dentro del rol que la sociedad le ha asignado.

Según Carnelutti:

Basta, sin embargo, una mínima experiencia para demostrar que a fabricar el derecho concurren también obreros no calificados; en efecto, las leyes se hacen en los parlamentos, y hoy los parlamentos, más todavía con el sufragio universal, no le componen únicamente de juristas. Verdad es que los proyectos sobre los cuales discute y delibera el parlamento los preparan casi siempre juristas; pero a menudo esos proyectos se modifican; y de todos modos, los no juristas, aun cuando no forman por sí solos las leyes, ciertamente cooperan a su formación. Ocurre incluso en este procedimiento lo

contrario de lo que vemos en las fábricas, en las cuales los peones ejecutan las órdenes de los albañiles; en efecto, en el parlamento son los peones los que predominan o pueden predominar por lo menos. Las leyes, pues, están hechas, si no precisamente solo, por lo menos también por hombres que no han aprendido a hacerlas

Según el profesor Luis Felipe Gómez “la ciencia no es sólo investigación: también incluye compartir resultados, intereses y preguntas con la comunidad de científicos, que tiene la misma mezcla de cooperación, competencia, acuerdos y argumentaciones que acompañan a toda la actividad social humana” (2011, pág. 6).

#### **4. CONTRAVÍA EN NUESTRA LEGISLACIÓN**

Existe en nuestra legislación una dicotomía entre las leyes tradicionales generalmente contenidas en los códigos clásicos del siglo XIX y que parecen inamovibles, y las nuevas leyes que pretenden adecuarse a las necesidades actuales con marcadas tendencias sociales o, al menos, buscan un acercamiento a la sociedad pero que a la vez son, en numerosas ocasiones, producto de crisis puntuales y que se erigen como tablas de salvación cortoplacista (reformas tributarias, leyes de salud y seguridad social, reglamentos económicos para el manejo de las tasas de interés y protección de la Banca), situación esta que no es nueva pues “se conserva como un subsistema básico toda la legislación tradicional, por otra parte se incorporan una cantidad apreciable de leyes nuevas con sentido social, diferentes en sentido, finalidad y hasta en su forma” (Novoa Monreal, 1985, pág. 24).

La contravía entre las normas tradicionales y las nuevas se presenta al momento de intentar armonizar los contenidos de leyes tradicionales con leyes nuevas ya que estas no han sido lo suficientemente decantadas ni en su formación ni aplicación, por lo que se muestran desarticuladas y, a veces, contradictorias con las normas tradicionales, con la doctrina y con la jurisprudencia (caso que ocurre en nuestro medio con la Ley 1564 de 2012 o nuevo código general del proceso). Al respecto el profesor Novoa señala que:

El resultado son leyes en que están ausentes todo plan y método, cuyas normas no armonizan sino que pugnan entre sí o con otros preceptos, originando toda clase de dudas en su aplicación. Su mismo contenido y finalidad son ambiguos, desde que corresponden

muchas veces a la conciliación de criterios e ideologías enteramente divergentes dentro de quienes participaron en su elaboración. (1985, pág. 26)

Así las cosas, las leyes tradicionales se apartan cada vez más del ideal de satisfacer el orden dentro de la sociedad pues su ámbito de aplicación se reduce a un determinado número de integrantes de ella, beneficiándolos o perjudicándolos (ejemplo, la legislación civil y comercial del sistema financiero).

Las nuevas leyes, aun con sus tropiezos y falta de técnica, se acercan más al ideal propio del derecho pues se aproximan a las necesidades actuales de los integrantes de la sociedad de donde emanan, se entenderá que beneficiarán o afectarán a un mayor número de integrantes de la sociedad:

El código civil (excepción hecha del derecho de familia, que cada vez tiende a segregarse de él), es un código para propietarios que requieren de protección para su patrimonio y para las operaciones de custodia, transferencia y transmisión de sus bienes. El Código de comercio solamente recibe adecuada aplicación respecto de operaciones mercantiles de cierta importancia. (Novoa Monreal, 1985, pág. 27).

La academia ha presentado como una herramienta adecuada para romper esta dicotomía, la teoría del neo constitucionalismo, pero según Betancur García (2009):

Sin embargo cabe preguntar si tal nuevo derecho y Neo constitucionalismo ha calado en la transformación de la enseñanza del Derecho y de las prácticas y discursos propios de las escuelas de Derecho nacionales. Tal parece que no con la intensidad que tales cambios constitucionales e institucionales ameritarían. Para la muestra un botón: basta con mirar nuestros planes de estudio para observar que en muchas universidades siguen privilegiando el derecho civil frente al derecho público y, específicamente, frente al derecho constitucional y los derechos sociales, económicos y políticos que son los que podrían posibilitar un orden social justo y democrático.

Para el ideal revolucionario francés la ley era “la razón”, surgida como expresión de la voluntad general, sellada esta en el contrato social convirtiéndose en el pilar del Estado moderno. Esta razón descansa no solo en esa voluntad general sino en la consagración de reglas

y principios que son inmutables, inamovibles y superiores al hombre quien solo las descubre pues le anteceden y garantizan sus libertades individuales y su subsistencia en el planeta y esto es, lo que según mi criterio, los académicos llaman “Neo constitucionalismo”.

Es importante diferenciar la generación de “derechos socialmente imperantes”, del abuso de los “derechos formalmente impuestos”, pues como señala el profesor Diego López “cuando se reafirman con las normas los derechos, se produce una invitación al exceso de este” (2013). Más adelante dirá el mismo autor que:

La aspiración a leyes justas es una condición o exigencia de la sociedad. El abuso moral de la teoría sobre la constitucionalidad de las normas puede generar una discriminación respecto a quienes puedan tener mayor acceso al conocimiento de lo que realmente es inconstitucional, por ejemplo, los recobros no POS son más altos en estratos 4, 5 y 6.

Por su parte, Sieyes señala que:

Lo que resulta incuestionable es que, desde el preciso instante en que un ciudadano adquiere privilegios contrarios al derecho común, ya no pertenece al orden común, en efecto, su nuevo interés se opone al interés general y se halla incapacitado de votar en nombre del pueblo. (1973).

Respecto al abuso del derecho el profesor Hans Monderman predica que las normas no deben cegar la capacidad de las personas para tomar decisiones. Los principios son más efectivos que las reglas. Las actividades sociales no escapan a esa limitación pues deben evitar el abuso de los derechos creados.

#### **4. CLASES DE DERECHOS**

Con la finalidad de entender los tipos o categorías de derecho que puede generar la actividad social debemos conocer los grandes conjuntos de derechos que coe xisten, los cuales se conocen bajo la denominación de derecho sustancial y de derecho procesal.

Las normas sustanciales son las que recopilan todas las conductas de la sociedad que son necesarias para mantener el orden dentro de ella y son conocidas como el derecho sustancial, de lo cual se

desprende el binomio derecho – obligación como una descripción del fenómeno acción y reacción.

Debemos recordar que todos los individuos que componen una sociedad tienen derechos que sus congéneres deben respetar y a su vez este sujeto se encuentra obligado a respetar los derechos de sus compañeros societarios. Todo deber refleja una obligación y en este caso se refiere a la del respeto por el derecho del otro. De lo anotado anteriormente, podemos comprender por qué una persona es sujeto de obligaciones y de derechos. Yo en mi individualidad soy sujeto de derechos que puedo oponer a los otros y a la vez debo respetar los de los demás sujetos.

Por su parte, las normas procesales cumplen con una doble finalidad: en primer lugar son las que establecen la forma de creación de cualquier tipo de norma sea sustancial o procesal, pues determina los pasos o etapas que deben seguirse para la génesis, su modificación o extinción. Para mayor ilustración sugiero remitirse a las normas que presentan el procedimiento o trámite necesario para crear una ley en Colombia; también determinan el órgano u organismos competentes encargados del trámite de creación, modificación o extinción de las normas jurídicas. Por ejemplo, para poder tramitar un proyecto de ley debemos acudir a la Constitución y al reglamento del Congreso, en donde se establece cuáles son los órganos, personas o funcionarios autorizados para su presentación, formas de discusión y aprobación para que se concrete el proyecto y se convierta en ley de la república. En segundo lugar, cumplen un papel de soporte o ayuda respecto a la clarificación o materialización de las normas sustanciales en el momento en el que ellas se encuentran indefinidas o poco claras pues se encuentran inmersas dentro de un conflicto.

Para entender esta segunda finalidad de las normas procesales, es necesario hacer referencia a la estructura formal de la norma jurídica, a sus elementos constitutivos. Toda norma jurídica se encuentra compuesta por dos elementos que conforman su estructura: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho es la descripción de la conducta o actividad de la sociedad que debe ser regulada. La consecuencia jurídica es el resultado de la realización del supuesto de hecho, es decir, la confirmación de que el supuesto de hecho se materializará. La consecuen-

cia jurídica se manifiesta como una sanción o como la efectivización del hecho descrito, por ende no toda consecuencia jurídica deberá entenderse como una sanción.

Una consecuencia jurídica entendida como sanción puede observarse en las normas penales en donde la realización del supuesto de hecho generará un castigo.

Una consecuencia jurídica entendida como la efectivización del hecho descrito, la podemos observar en el derecho de propiedad que se deriva de la compraventa, por ejemplo, si el comprador y el vendedor se ponen de acuerdo en el precio y en la cosa que se encuentran negociando, se entenderá que ella será del comprador si le paga el precio al vendedor y este se la entrega.

Cuando el supuesto de hecho genera la consecuencia jurídica sin que ningún sujeto de la sociedad manifieste una inconformidad o genere una actitud de rechazo frente a lo realizado, se entenderá que el derecho sustancial ha sido materializado, concretizado o simplemente reconocido a quien ha cumplido con todas las exigencias que la norma ha establecido para irrogarle la calidad o consecuencia que la norma describe. Así, si se ha adquirido un inmueble cumpliendo con todos los requisitos sustanciales que establecen el derecho de propiedad y nadie discute ese derecho de propiedad adquirido, ese derecho se entiende materializado, efectivizado o cierto. Pero es posible que ese derecho que es cierto, se torne incierto por una actividad o manifestación de otro sujeto de la sociedad que refute, alegue o reclame ese mismo derecho como suyo o como de otro sujeto y en ese momento es cuando el derecho sustancial debatido no es tan claro como se pensaba, por ende necesita el soporte o la ayuda del derecho procesal, para que pueda ser aclarado, confirmado o traslado a su verdadero titular.

Es necesario entender que el derecho procesal no solo es el que se encarga de materializar el derecho sustancial cuando este se encuentra debatido o en conflicto pues, también es necesario para la generación, modificación o extinción de todo tipo de derechos.

## **CONCLUSIONES**

La diferencia conceptual entre la dogmática jurídica y la sociología jurídica está muy lejana de ser resuelta, pues a ellas se encuen-

tra atado, además de concepciones filosóficas bastante coherentes y arraigadas, un ingrediente político que no les es ajeno y que puede llegar a producir sesgos importantes, como creer que si el derecho lo crea la sociedad entonces no se necesitaría de un órgano legislativo.

Es necesario repensar la concepción que se tiene respecto a que la sociedad se debe al derecho ya que en mi criterio la ley se debe a la población, a resolver sus expectativas actuales y no las que deberían ser.

Pretender que el derecho se deba a las actividades sociales, no solo le permitirá mantenerse actualizado sino acorde con una realidad cambiante y no petrificada.

Antes de presentar una respuesta definitiva a la pregunta que dio origen a este escrito, será necesario ahondar en el trabajo de campo que nos permita demostrar si la actividad social es generadora de derecho, entendido este como aquel que se impone dentro de la población con miras a satisfacer el orden y la paz social.

## REFERENCIAS

- Aristóteles. (1964). *Ética magna*. Buenos Aires: Aguilar.
- Aftalión, E.; Vilanova, J. y Rafo, J. (1999). *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Berger, P. y Luckmann, Th. (2001). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrourtu.
- Betancur García, J.H. (2009). *Epistemología jurídica y enseñanza del derecho*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Carnelutti, F. (2011). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.
- Generalitat Valenciana. (s.f.). Conceptos de sociología. Disponible en <http://intercentres.edu.gva.es/ieslesdunes/scripts/materiales/7/CONCEPTOS%20DE%20SOCIOLOGÍA.pdf>
- Girón Padilla, D. A. y Torres Maldonado, H. (2009). *Didáctica general*. San José de Costa Rica: SICA.
- Gómez, L.F. (2011). El papel de la memoria en el aprendizaje. Disponible en <http://entrememos.com/el-papel-de-la-memoria-en-el-aprendizaje>

- López Medina, D. (2013). La paz en el constitucionalismo colombiano. Ponencia presentada en el Primer Simposio Neo- Constitucionalismo: avances y retos. Universidad de Sabaneta, Antioquia.
- Quintero, B. y Prieto, E. (2005). *Teoría del derecho procesal*. Bogotá: Temis.
- Novoa Monreal, E. (1985). *El derecho como obstáculo al cambio social*. México: Siglo XXI.
- Robles Morchón, G. (1976-1977). La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (19), 183 – 198.
- Sieyes, E. (1973). *Qué es el tercer Estado*. Madrid: Aguilar.