

El origen del derecho

Índice 1. Los albores del derecho. 2. El Derecho Romano. 3. La sociedad y el derecho. 4. Bibliografía

1. Los albores del derecho.

El hombre primitivo se desarrolló en tres campos: cuerpo, inteligencia y organización social. De las primeras dos facetas conservamos pruebas "tangibles" en su mayoría de cómo se desarrollaron, sin embargo de la tercera sólo puede hacerse un análisis de modo indirecto, realizándolo por medio de analogías, observando lo que sucede en los modernos grupos primitivos y entre animales evolucionados.

Los primeros aspectos jurídicos de la vida primitiva son los referentes a las costumbres relacionadas con la convivencia sexual y ligadas a ella con la jerarquía dentro del grupo de los que conviven sedentariamente o que forman parte del mismo grupo nómada. Ya que los homínidos comienzan su existencia con un prolongado período de ayuda y protección, esto crea una relación "social" entre la madre y los hijos, surge así alrededor de la madre un grupo social jerarquizado.

Al carecer el hombre de ciclos de actividad sexual, como los demás animales, y vivir con un constante deseo, se hizo necesaria la presencia continua de la mujer junto al hombre, esto conjuntado al problema expuesto en el párrafo anterior pudo ser el origen de una verdadera "familia".

"Que en ella haya existido afecto entre padre e hijos, comparable al que suele existir entre los hijos y la madre, es poco verosímil: el amor paternal parece ser un agregado bastante tardío a la convivencia humana."

Es seguro que el hombre del paleolítico haya conocido el sistema exogámico para los matrimonios de grupo o para sus otras formas de convivencia sexual, este sistema va siempre combinado con ciertos tabúes y con el totemismo.

"Así el derecho de familia, la jerarquización dentro del grupo y el derecho penal (totemismo) se desarrollan juntos en íntima relación con la magia y las religiones primitivas."

La transición hacia la agricultura, esto es, hacia el sedentarismo, obliga al hombre primitivo a formar comunidades en las que la ayuda mutua permite vencer la resistencia de la naturaleza es así como surgen las ideas jurídicas de propiedad y posesión. Al paso del tiempo las comunidades primitivas se convierten en países, y de las luchas de los diversos países surgen esclavos y amos, esto es: la estratificación social, al mismo tiempo que el "derecho internacional".

Las antiguas aldeas, ahora grandes ciudades se ven obligadas a diversificar su producción para competir en un mundo primitivamente capitalista, lo que permite una división del trabajo y por tanto propicia el surgimiento del comercio, y es aquí al fin donde encontramos los primeros documentos jurídicos, escritos en alfabeto cuneiforme que tratan sobre dichas actividades lucrativas.

Pero tal vez, lo que realmente marca a la historia del Derecho, es el momento en que se busca mantener un documento de forma permanente, grabándolo en materiales que resistan con facilidad el paso de los años.

Es tal vez el código de Hamurabi el más famoso de los que se conoce en la actualidad, sin ser el primero, ya que los sumerios han dejado huella profunda, aunque escasa, de su sistema de derecho.

Este código que "después de una pomposa introducción mística, llena de autoalabanzas..." contiene 280 preceptos de los cuales 60 no se entienden en lo absoluto, nos hace encontrar algunos conceptos sobre deudas, delitos (ley del talión), matrimonio, divorcio, patria potestad, derecho sucesorio y contratos de comisión, de prestación de servicio y arrendamiento.

Parecería maravilloso el legado jurídico de este documento, sin embargo, al compararlo con los pocos documentos de este tipo que se poseen de los sumerios sólo nos demuestra que es un código mal sistematizado que marca un retroceso en el ejercicio del Derecho, ya que los sumerios manejaban ya en sus textos la reparación del daño, elemento que desaparece en el código de Hamurabi.

Y de aquí en adelante podríamos adentrarnos en múltiples comentarios sobre los sistemas legales que imperaron en el mundo antiguo, podríamos analizar al derecho egipcio, cuya cúspide jurídica era la cúspide administrativa o al derecho hitita que se maneja por normas aisladas o tal vez al derecho hebreo, fantástico por la simbiosis que se produce entre su religión y su Ley.

O ¿por qué no? Revisar el derecho de los olmecas, teocrático y donde la mujer no gozaba de ningún status, o el derecho maya que jugaba a la cuerda floja entre el perdón del ofendido o la ley del talión, o el rarísimo derecho chichimeca, de triunviratos y residencias matrilocales, o el derecho azteca, que se alimentó de la sabiduría tolteca y donde la posesión de la tierra, las clases sociales, y por supuesto la familia, estaban perfectamente regulados. Sino, finalmente hundirnos en el derecho español híbrido de derecho romano y derecho canónico que se deformó en México porque tuvo que adaptarse a las costumbres del país.

Sin embargo, es preferible entrar directo a la base teórico-histórica del Derecho Contemporáneo: el Derecho Romano.

2. El Derecho Romano.

Gran parte de las normas jurídicas modernas son de origen romano, ya sea por sus raíces históricas en occidente, sea por la occidentalización que han sufrido algunos derechos de oriente. La aportación en materia jurídica de Roma al mundo ha sido principalmente en materia de derecho privado al igual que en materia técnica jurídica.

Así que corresponde ver lo útil que es aún el estudio del Derecho Romano en los tiempos modernos:

Utilidad Histórica. Nuestro derecho actual, tiene por orígenes las costumbres y el Derecho Romano, títulos enteros del código civil, en especial lo tocante a las obligaciones, han sido sacados de esta fuente.

Modelo. Ya que poseemos no sólo las leyes, sino las aplicaciones que los jurisconsultos romanos hicieron de estas, las cuales se distinguen por una lógica impecable, llenas de análisis y deducción, nos permiten observar la perfección en la interpretación jurídica, deseable en todo jurista moderno.

Auxiliar. Ya que a excepción de Inglaterra, las legislaciones europeas han pedido prestadas más de una ley al Derecho Romano para fundamentar sus respectivos códigos, lo que hace que el resto del mundo colonizado por las potencias europeas sienten las bases de sus respectivos sistemas legales en la misma fuente.

Marco Teórico. Ya que el conocimiento del Derecho Romano, es indispensable para comprender la evolución sociológico cultural del Imperio Romano.

Es entonces necesario conocer los sistemas jurídicos en el mundo:

Sistema De Derecho Romano - Germánico. Es a este sistema al que pertenece el Derecho Mexicano, "se caracteriza porque la norma de derecho se elabora inicialmente, y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta..."

Sistema anglosajón. La cultura inglesa nace de la fusión de la nobleza normanda con la población anglosajona, esta última provista de sangre romana, lo cual logra a unificación del derecho a través de las decisiones de los tribunales reales de justicia en detrimento de las costumbres locales, para solucionar este defecto los particulares se dirigen al rey, que por medio de su "confesor - canciller" suavizaba las normas, como siglos antes lo hiciera el "pretor" romano. Este sistema se ha transmitido a las colonias inglesas en el mundo.

Sistemas Socialistas. Ubicados principalmente en Europa oriental, originalmente se formaron con elementos romano-germánicos, pero que después de 1917 se han transformado de acuerdo a la corriente socialista.

Sistemas de extracción filosófica. Derechos como el hindú, musulmán y japonés, que sin embargo se han ido occidentalizando hasta parecerse en mucho al romano-germánico.

Ulpiano afirma que los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo, estas son consideradas tres verdades del orden moral. La última de ellas alude entonces a la noción de justicia que da sustancia al orden jurídico.

Para los romanos, la justicia era el criterio práctico conforme al cual se logra una verdadera y sana ordenación en el seno de la comunidad, lo que permite resolver el concreto y específico problema presentado ante los tribunales. La equidad, entonces, se convierte en la justicia del caso concreto, aquí la equidad se convierte en el criterio corrector para adaptar el derecho a los problemas de la vida.

Notamos entonces que toda la evolución del derecho romano privado se reduce a dotar de equidad a las soluciones rigurosas y formalistas del derecho civil. Aquí podemos hacer notar algo importante, ya que la equidad y el derecho natural son conceptos griegos, resalta la aportación romana al derecho: la "humanitas". Humanitas es lo que nos permite apreciar el valor y la dignidad de la persona humana, concepción que influirá después en el catolicismo.

El mismo autor, Ulpiano, define a la jurisprudencia como la ciencia del derecho, afirmando que es la ciencia del conocimiento de las cosas divinas y humanas así como la ciencia de lo justo y lo injusto, la prudencia jurídica está en la base de la resolución que permite al juez dar una satisfactoria sentencia.

Entendidos los conceptos anteriores estamos capacitados para comprender el derecho público y el derecho privado romano, es el primero el que se refiere a la organización del Estado, los que son propios de la ciudad o del imperio, el segundo es aquel que se refiere a la utilidad de los particulares. Es el derecho Romano el que presenta por primera vez este bifrontismo.

El Derecho civil es el propio de los ciudadanos, cada persona se rige por el derecho de su ciudad, sea cual fuere el lugar en el que se encuentre. El derecho civil romano se vio fuertemente afectado por las conquistas del imperio, lo que le permite humanizarse gracias al comercio internacional, surgiendo así los negocios y los juicios de buena fe. Lo que nos recuerda un poco las bases del derecho helénico, esto es, el derecho natural. Es momento entonces de introducirnos a los conceptos del derecho contemporáneo.

3. La sociedad y el derecho

"La sociedad humana es la unión de una pluralidad de hombres que aúnan sus esfuerzos de un modo estable para la realización de fines individuales y comunes; dichos fines no son otros que la consecución del bien propio y del bien común."

Esta frase nos indica el necesario establecimiento de las relaciones sociales, vitales para el desarrollo de la sociedad y del individuo. Dichas relaciones pueden ser de "parentesco", de trabajo, etc. Sin embargo la más grande de ellas es el Estado. Esta vida social necesita ser organizada y regulada, y es el Derecho quien se encarga de este trabajo, rigiéndola por una serie de normas o mandatos.

Así la "conducta" individual está sometida a imperativos o mandatos, mejor llamados normas. Estas normas surgen generalmente como consecuencia de la vida social y son de diversa naturaleza:

Normas Técnicas. Previenen la forma más adecuada de hacer las cosas. Quien la viola recibe una sanción: el fracaso.

Normas de etiqueta. Las impone el decoro, el amor propio u otros sentimientos de un grupo social. Su sanción: la vergüenza pública, la risa y la burla. Normas Morales. Son de orden individual o social, constituyen deberes elementales impuestos por los sentimientos de moralidad del grupo social para su propio bienestar. Su sanción: el remordimiento o el desprecio social. Normas religiosas. Son los preceptos dictados por Dios. Sanción: castigo en la vida eterna. Normas Jurídicas. Rigen y coordinan la conducta social del individuo.

Ya que las relaciones sociales no se desenvuelven siempre de un modo natural y armónico es necesario imponer un orden, por esto nace el Derecho, para brindar armonía en la vida social, ya que el orden no se recomienda, se impone

El fin esencial del Derecho es la realización de la armonía en la vida del hombre, esto nos permite notar que el Derecho surge del individuo y que en recíproca relación el individuo ve normada su vida desde antes de su nacimiento.

Sin embargo ¿qué significa norma? En un sentido amplio se refiere a "toda regla de comportamiento", obligatoria o no, en un sentido más estricto, aplica a "la que impone deberes o confiere derechos".

Para poder continuar con el tema es necesario tener presente otra definición "ley natural.- es un juicio que representa relaciones constantes entre fenómenos."

Comparando: la finalidad de la ley natural es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos, el fin de las normas es provocar un comportamiento. Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre fenómenos, el supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga. Una ley natural es válida cuando es verdadera.

Ya podemos entonces imaginar al Derecho como un conjunto de normas que se aplican a las relaciones del hombre que vive en sociedad, estas normas jurídicas constituyen un elemento superior de orden que evita los conflictos, fijan los límites de la conducta individual y concilian los intereses antagónicos.

Dichas normas son impuestas por el Estado y es éste quien las vuelve obligatorias, ya que les da fuerza coactiva, es decir, crean no sólo deberes sino facultades, por esto se dice que son bilaterales.

Uno de los tipos de norma jurídica creada por el Estado es la Ley, el conjunto de leyes en un país forman el derecho escrito de él. Esta como todas las normas jurídicas poseen una sanción que las hace eficaces, estas sanciones pueden ser de orden: administrativo, civil y penal.

El Derecho está fuertemente ligado a la moral sin embargo hay diferencias que nos permiten no confundirlos: El derecho rige únicamente las relaciones del individuo con sus semejantes, el Derecho prohíbe dañar los intereses ajenos, aunque excepcionalmente prescribe hacer el bien, las reglas del Derecho están sancionadas por el poder público, que, en ocasiones, emplea la fuerza para hacerlas cumplir, y finalmente, las reglas del Derecho no obligan si no han sido dictadas, promulgadas y sancionadas por el poder público.

Derecho viene del vocablo latino "directum" que significa "lo que está conforme a la regla, es decir, lo que no se desvía ni de un lado ni otro." Existen varios tipos de Derecho:

Positivo. Conjunto de reglas o normas jurídicas en vigor, en un lugar y en una época determinados. Natural. Es común a todos los hombres y los pueblos, surge de la propia naturaleza del hombre, lo constituyen reglas y normas anteriores a toda ley escrita.

En sí el derecho se puede clasificar de la siguiente manera: Subjetivo. Son facultades que el individuo tiene con relación a los miembros del grupo social al que pertenece y también con relación al Estado del que forma parte. Objetivo. Es aquel que se elabora para regir los actos de los individuos, nos es opcional como el Derecho subjetivo, es totalmente impositivo.

Derecho:

-Subjetivo. 1. Derechos políticos 2. Derechos públicos 3. Derechos civiles A) personales B) patrimoniales. Reales De crédito.

-Objetivo o positivo 1.- Interno A) público Administrativo Constitucional Penal A) penal B) procesal Procesal del trabajo A) gario

- 2. Privado A) civil B) mercantil C) eclesiástico
- 3.- Externo O Internacional A) privado B) público.

4. Bibliografía

Elementos De Derecho Efraín Moto Salazar Editorial Porrúa.

Introducción al estudio del derecho. Eduardo García Maynez. Editorial Porrúa.

Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas. Beatriz Bernal - José de Jesús Ledesma. Editorial Porrúa.

Derecho romano. Eugene Petit. Editorial Porrúa.

Introducción a la historia del derecho mexicano. Guillermo F. Margadant S. Editorial Esfinge.

Panorama de la historia universal del derecho. Guillermo F. Margadant S. Editorial Miguel Ángel Porrúa.

Trabajo enviado por: José Luis Porras pepe_rag@hotmail.com

Mi propuesta (la cual debe analizarse muy bien, tómalala como un mero planteamiento, idea en voz alta) es que ante la definición de la palabra Derecho, no podemos remontarnos EXCLUSIVAMENTE a aspectos de su SER, olvidando lo que fue. La conceptualización de un término histórico como el Derecho supone un "ver a través del" concepto, y esto supone un ejercicio histórico y de historicidad (algo así como una actualización del concepto en el presente, sin despojarlo de su sentido histórico, en movimiento).

De Gadamer el texto de "Verdad y Método" y de Heidegger "Ser y tiempo".

Igualmente, del segundo recomiendo:

HEIDEGGER, Martin. Arte y Poesía. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992. Pp. 7-34.

_. La autoafirmación de la Universidad alemana: el rectorado, 1933-1934. Trad. Ramón Rodríguez. Madrid: Tecnos, 1989. 83p.

__. Caminos de Bosque. Madrid: Alianza Universidad, 1995. 279p.

__. El ser y el tiempo. Trad. José Gaos. 2ª edición. Santafé de Bogotá: Fondo de cultura económica, 1995. 478p.

__. ¿Qué es eso de filosofía? Trad. Adolfo P. Carpio. Buenos Aires: Sur, 1960. 73p.

De Gadamer estas son las referencias que más he trabajado:

GADAMER, Hans Georg. Elogio de la teoría. Trad. Anna Poca. Barcelona: Península, 1993. 157p.

__. Verdad y Método I. 7ª edición. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1997. 697p.

__. Verdad y Método II. 3ª edición. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998. 429p.

Queridos colisteros, en especial a Andrés Botero:

Me alegra haber llamado la atención de Andrés y más aún me gustaría poder llamar la atención de los demás.

Responder al cuestionamiento del derecho, creo que es tan fácil y complicado que es por eso que a lo largo de la historia, se ha hecho la pregunta a un lado y se le ha dado la vuelta. Consientes estamos todos (al menos eso creo) que el derecho es "ejercicio" de una facultad, mientras que la

ley es "aplicada". Por lo tanto, si el derecho es el ejercicio de una facultad, la esencia del derecho tiene que venir del interior mismo del ser. (La última vez que dije esto, creo que no fui muy bien recibido), sin embargo, creo que es menester verlo desde este punto de vista interno.

Respecto a los autores que Andrés mencionaba, mucho me gustaría, si no te es molesto, me proporcionaras los nombres de los libros que han escrito, porque me encuentro en estado de indefensión para poder emitir una opinión. Gracias.

Saludos a todos desde México, D.F. y les mando un abrazo fraternal.

Rodrigo Chávez