

DERECHO NEGATIVO, UNA INTRODUCCIÓN*

Luis Alberto Fernández Ramírez

**Para profundizar en cuanto a la temática abordada, así como para ampliar los argumentos que aquí tan solo se mencionan brevemente, se sugiere consultar la obra titulada: Derecho Negativo, una propuesta de Derecho Liberal, del propio autor.*

RESUMEN:

El presente artículo tiene por propósito realizar una breve introducción acerca de lo que es el Derecho Negativo como la perspectiva jurídica del Liberalismo¹. Se trata de una propuesta totalmente distinta respecto a la visión que tradicionalmente se ha tenido del Derecho; de ahí, que pueda resultar de particular interés tanto para los estudiantes como para los profesionales del Derecho a efecto de obtener una visión holística de la temática jurídica. Se propone concebir al Derecho de un modo contrario al que ordinariamente se ha realizado, donde sobresale:

1. Que el Derecho es una institución social de carácter espontáneo que está conformado por normas que también existen de modo espontáneo, es decir, que no son creadas deliberadamente y que evolucionan constantemente, las cuales revisten una forma negativa por cuanto no prescriben a las personas lo que deben realizar, sino que únicamente imponen prohibiciones de aquello que no debe realizarse, esto con la única finalidad de proteger los derechos legítimos de las demás personas.

2. El Derecho tiene como único propósito el servir como medio para resolver las controversias que puedan suscitarse entre las personas derivado de las relaciones que sostienen. Lo cual difiere totalmente de la finalidad que tradicionalmente se le ha asignado al Derecho, esto es como regulador de las conductas de los sujetos, ya que dicha situación vulnera la libertad individual de toda persona.

Palabras Clave:

Liberalismo, Libertad, Derecho, Derecho Negativo, Ley, Legislación.

El Derecho Negativo es una propuesta totalmente distinta respecto a la visión que tradicionalmente se ha tenido del Derecho.

1.- INTRODUCCIÓN

Los países catalogados de *Civil Law* o Derecho Continental adoptan como fuente principal del Derecho a la legislación,

entendida como toda manifestación emanada del Órgano Legislativo. Sobre esa base toda disposición que promulgue el Congreso, Parlamento o Asamblea será considerada "ley" y el conjunto sistematizado de dichas disposiciones es a lo que desde esa visión se le denomina Derecho u Ordenamiento Jurídico; desde esta perspectiva el Derecho es algo eminentemente creado. Esta concepción jurídica es la que se conoce como Positivismo Jurídico, la cual predomina en la mayoría de países.

Tal perspectiva jurídica tiene importantes implicaciones respecto a la libertad individual de las personas, toda vez, que la legislación ha sido el instrumento utilizado por los gobernantes para dirigir la conducta de los individuos imponiéndoles lo que deben, pueden o tienen prohibido realizar con la intención de alcanzar objetivos concretos y particulares, esto es, lograr un orden creado o artificial donde se utilizan dichas medidas intervencionistas como medios para obtener el fin buscado por quien

¹ Por esta razón el Derecho Negativo resultará más familiar y comprensible para todas aquellas personas que conocen con antelación la Filosofía de la Libertad; en tanto que para el resto de personas podrá parecer un sistema jurídico extraño o atípico. En todo caso constituye un tema que se invita a leer con mente abierta, el cual es capaz de romper los paradigmas que el *mainstream jurídico* ha fijado en la mente de las personas, principalmente de los Abogados.

ejerce el poder político en un país, muchas veces en detrimento de los derechos legítimos de las personas que son desplazados.

En contraposición a lo anterior, la Filosofía de la Libertad propugna por el respeto irrestricto de los derechos de las personas, entendidos como aquellas facultades propias de todo individuo que son inherentes al mismo y que no dependen del reconocimiento de los gobernantes. De esa cuenta, desde dicha perspectiva resulta ilegítimo que cualquier persona –especialmente la autoridad– pueda imponerle a otro sujeto el modo en que deba actuar o comportarse en sus relaciones con los demás, por ende, se califica lo anterior como un acto arbitrario.

En ese contexto surge la noción del Derecho Negativo –en contraposición al Positivismo Jurídico– en donde la función principal del Derecho no está en regular lo que las personas dentro de un conglomerado social deben realizar, sino en establecer un conjunto de prohibiciones o límites indispensables para propiciar una armónica y pacífica convivencia entre dichas personas; así como servir de parámetro objetivo para la solución de las controversias que eventualmente puedan suscitarse. Debe añadirse que dichas prohibiciones no son antojadizas o arbitrarias sino que se circunscriben estrictamente a la protección de los derechos de las demás personas, es decir, son los derechos de los demás individuos los que marcan el límite del ejercicio de libertad individual, a efecto de evitar externalidades o daños que otros puedan provocar.

Para la perspectiva liberal las instituciones sociales –incluido el Derecho– no son creadas deliberadamente, sino que surgen de un orden espontáneo y evolutivo derivado de la interacción de las personas cuando viven en sociedad. Esta es una característica fundamental que permite diferenciar al Positivismo Jurídico y al Derecho Negativo, ya que mientras el primero es un Derecho impuesto “de arriba hacia abajo” y creado deliberadamente como producto de la ingeniería social, el segundo es un Derecho que se forma en el seno de la propia población –no deliberadamente–, es decir, “de abajo hacia arriba”² que de modo natural y espontáneo evoluciona.

2.- LA VISIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO

El Derecho en su sentido objetivo ha sido ordinariamente entendido de conformidad con la perspectiva Positivista, esto es, como un conjunto de normas de tipo jurídico que tienen como objetivo regular la conducta de las personas que viven en sociedad. A pesar que dicha visión del Derecho le resulta cotidiana a la mayor parte de estudiantes y estudiosos de la ciencia jurídica y es aceptada por la mayor parte de ellos, la misma tiene importantes implicaciones sobre todo con relación a la libertad de las personas.

Desde dicha perspectiva jurídica las relaciones sociales no son espontáneas, voluntarias o libres, sino guiadas o impuestas, ya que las personas deben someterse a las normas que han sido emitidas por el poder político, lo cual limita o hasta anula la posibilidad que los sujetos actúen de conformidad con sus particulares conocimientos, preferencias y propósitos; extremo que desde un inicio evidencia una intromisión ilegítima en las acciones que las personas realizan dentro de las distintas clases de relaciones que sostienen con sus semejantes, los cuales son escenarios estrictamente íntimos o privados tales como los familiares, laborales, contractuales o comerciales e incluso los criminales.

A lo señalado debe añadirse el componente coactivo y sancionador que caracteriza a las normas jurídicas, el cual es ejercido con exclusividad por quienes desempeñan las funciones de Gobierno, a través del cual imponen su voluntad hacia el resto de las personas, lo que hace que el cumplimiento y observancia de lo normado devenga obligatorio puesto que de no ser así puede ser compelido coactivamente su cumplimiento o sancionado el infractor.

Ello permite evidenciar que a pesar que las personas se han acostumbrado a entender el Derecho de esta forma, considerándolo “lo normal”, en realidad el Positivismo Jurídico es un Derecho impuesto (esto significa el término *positum*), es decir, regula la conducta de las personas para que se comporten de conformidad con lo normado, esto es, con lo establecido por la legislación creada, lo que claramente vulnera la libertad de todo sujeto.

Lo anterior, permite establecer además que desde esta perspectiva el Derecho es creado de modo artificial por la autoridad. De esa cuenta, el único Derecho válido y legítimo es el emanado por el Gobierno que además se encuentre vigente, toda vez, que esa misma autoridad tiene la facultad de modificar, derogar o abrogar el Derecho creado. En suma, desde

² Debo la comprensión de dicha distinción al Dr. Walter Hillermann Braham.

esta perspectiva el Derecho es lo que la autoridad legislativa disponga, por el tiempo que lo establezca o lo mantenga.

Como (Hayek, 2006) señaló:

Cualquier cosa que el <cuerpo legislativo> decidiera tomaba el nombre de <ley>, de suerte que ya no se llamaban cuerpos legislativos porque promulgaban leyes, sino que se llamaba <ley> todo lo que emanara de los cuerpos legislativos. El venerable término de <ley> perdió todo su antiguo significado y se convirtió en un término para designar mandatos que los padres del constitucionalismo habrían ligado a la práctica del gobierno arbitrario.

Comprender de este modo el Derecho, distorsionó por completo su propio concepto ya que aquella institución que de modo espontáneo surgió en la sociedad derivado de las acciones que las personas realizaban y que paulatinamente eran descubiertas por los jueces (el verdadero Derecho), pasó a ser un producto de ingeniería social que era creado, modificado o eliminado según la voluntad de quienes ejercen el poder político (la legislación). Esto ha traído como consecuencia que las normas jurídicas lejos de proteger los legítimos derechos de las personas pasaron a ser un instrumento para que el gobernante impusiera su voluntad. Tal y como (Bastiat, 2009) lo explicó: *“La ley ya no es el refugio del oprimido, sino el arma del opresor.”*

Al aceptar que desde la visión Positivista el Derecho es una institución creada artificialmente de modo exclusivo por el órgano legislativo del Gobierno, se pone de manifiesto que el Derecho Positivo es formado de arriba hacia abajo, desde el Gobierno se impone hacia las personas quienes en su elaboración no han participado, por ende, lo desconocen³ en su gran mayoría y sin embargo deben obedecerlo, por el simple hecho de ser emitido por la autoridad, sin importar el propio contenido del mismo, el cual en muchas ocasiones va en detrimento de los derechos legítimos de las personas.

Al cotejar los argumentos esbozados con la realidad contemporánea puede establecerse que tanto Guatemala como muchos otros países adoptan un modelo jurídico de tipo Positivista donde la gran mayoría de profesionales de la legislación – abogados- consideran a esa legislación como el único Derecho que existe, sin ser capaces de distinguir entre ambos, o al menos darse cuenta que se trata de

conceptos diferentes. Lo cual es una visión miope del Derecho, misma que convierte a la generalidad de profesionales en meros legalistas. Término que a decir de (Cabanelas de Torres, 1993) significa: *“Intérprete de cortos alcances que no admite otro sentido que el literal de la ley. Partidario resuelto de aplicar el Derecho positivo...”*

Lo anterior, puede verificarse en que el afán de estudio y preparación académica de los estudiantes y profesionales en estos ámbitos se centra en el análisis de la legislación. Esta actividad intelectual la realizan principalmente a través de aprender y memorizar lo que la norma jurídica establece, el resultado es ser capaces de recitarla literalmente; también se esmeran por ubicar los artículos que citan dentro de los textos legales que los contienen y en el mejor de los casos lo anterior se extiende además a tratar de comprender el significado de la normativa jurídica, es decir, a lograr interpretar o desentrañar el significado de las normas positivas, auxiliándose para dicho efecto de las diversas opiniones doctrinarias dadas por los autores, así como de las decisiones que se emiten en las judicaturas tanto nacionales como internacionales al momento que estas aplican la legislación a los casos particulares que son sometidos a su conocimiento⁴.

Como puede apreciarse todo gira y gravita en torno a la norma del legislador⁵, que es la esencia del Positivismo Jurídico, de ahí, que resulte comprensible la confusión de la gran mayoría de los profesionales respecto a lo que es el Derecho y lo que es la legislación, llevándoles erróneamente a considerar que se trata de lo mismo, aunque con diferente nombre.

Sobre dicho fenómeno (Leoni, 2013) refirió:

Para saber en qué consiste el derecho seguimos todavía hoy refiriéndonos a la autoridad de determinadas personas. Se acepta una norma simplemente en cuanto proviene de una determinada autoridad. La formación de las normas jurídicas se pide exclusivamente a una autoridad constituida. Concebir el derecho como emanación del poder político es una actitud moderna... Mientras que el jurista positivo se contenta con tener un punto de partida que no discute, y que está formado por las proposiciones normativas emanadas directa

³ En este punto se hace evidente la ficción absurda y contraria a la realidad creada por el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial.

⁴ Esto se hace particularmente evidente en el análisis y estudio que hacen de las sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad o por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde son usuales los cursos y actividades académicas que se ofrecen para dicho cometido.

⁵ El término legislador es utilizado para hacer referencia a quien emite cualquier tipo de normativa jurídica. De esa cuenta se incluyen tanto las normas constitucionales, ordinarias, reglamentarias e incluso internacionales.

o indirectamente del poder político, el filósofo del derecho no puede contentarse con este punto de partida.

Para demostrar las afirmaciones realizadas basta poner la mirada en la realidad jurídica contemporánea. Al verificar los pensum de estudios de la carrera de Derecho⁶ de cualquiera de las Universidades del país puede establecerse que un alto porcentaje de las asignaturas que se cursan a lo largo de la carrera corresponden a la enseñanza y aprendizaje de la normativa Positivista, es decir, a los códigos y demás cuerpos legales que se encuentran vigentes en el país. En tanto varios cursos más se dedican al mismo cometido pero de la normativa de carácter internacional tales como Tratados, Convenios, Pactos, Protocolos entre otros, es decir, continúan el estudio de la normativa jurídica con la diferencia en este caso que el ámbito territorial de aplicación de la misma es más amplio. Por esta razón (Rojas, El Derecho y la Escuela Austríaca de Economía, 2018) critica la función que realizan actualmente las universidades “*quienes ya no preparan abogados, sino a técnicos en la legislación*”.

Se añade como evidencia que la gran mayoría de los libros que se escriben, poseen como contenido central la descripción y el análisis de la normativa jurídica vigente de la materia a la cual se refiera la obra, es decir, que la mayor parte de las ideas doctrinarias expuestas se vuelven dependientes de la normativa positivista, esto es, que su contenido se torna legicentrista. Por esta razón sentenciaba (Kirchmann, 1983), que: “*tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura...*” Precisamente por el hecho que las obras se refieren casi con exclusividad a la exposición, análisis e interpretación de la normativa positivista, por lo que cuando esta es modificada se produce como efecto que dichas obras también pierden su utilidad y vigencia, relegándolas a una función meramente histórica.

Similar situación se observa en la práctica del ejercicio profesional, es decir, en la actividad tanto de los abogados como de los notarios, en las oficinas públicas, en los juzgados y tribunales, así como en los distintos registros u otras dependencias donde prácticamente toda la discusión jurídica gira en torno a lo que la normativa positivista establece y solo residualmente se abordan otros conceptos jurídicos distintos a la legislación en muchos de los casos sin considerarlos como Derecho propiamente. Con base en lo anterior se afirma que este es el paradigma

jurídico, la realidad jurídica de Guatemala⁷ así como de muchos otros países, donde impera casi con exclusividad la visión Positivista del Derecho, que en esencia lo equipara con los mandatos del legislador, es decir, con la normativa jurídica creada, la legislación.

El fenómeno anteriormente descrito ha distorsionado el propio contenido y significado del Derecho, toda vez, que aquella institución que propugnaba por los más altos ideales de justicia, hoy en día fue modificada para alcanzar los deseos y mandatos del gobernante en detrimento y vulneración de los derechos legítimos de las personas; extremo que el autor se atreve a afirmar no ha sido percibido por la mayoría de abogados quienes en un genuino deseo de alcanzar el primer ideal (justicia) mediante la obediencia y cumplimiento de las normas que a su entender es el Derecho, terminan coadyuvando a la consecución de este último (despotismo o incluso totalitarismo), sin ser conscientes de ello, ya que de serlo seguramente lo rechazarían de modo enérgico y lucharían en pro de la justicia contra la legislación arbitraria como uno de los “*mandamientos del abogado*” escritos por Couture propone⁸.

Como (Jouvenel, 1998) refirió:

La ley de la concurrencia explica por qué el poder altera el Derecho y por qué acaba reduciéndose todo Derecho al derecho positivo, el gran instrumento del totalitarismo, degradando el Derecho, que en lugar de ser un medio securitario, se convierte en una fuente de incertidumbre... constituye una ilusión buscar en el Derecho una protección contra el Poder. Pues, como dicen los juristas, el Derecho es ‘positivo’. Es decir, se reduce a la masa de las leyes y normas emanadas del Poder; a un conjunto de órdenes... La ley se ha convertido en la expresión de las pasiones del momento, crea la situación más ventajosa para el déspota, que puede imponer sus opiniones. El Derecho ha perdido su alma y ha devenido bestial, decía ¡todavía en 1945! Desde entonces es puro instrumento de manipulación, pudiendo llegar a ser admitida la definición totalitaria del Derecho...

⁷ Además de las evidencias expuestas, el autor llega a esta conclusión con base en su propia experiencia resultado del ejercicio profesional, del desempeño de la judicatura y de la docencia universitaria de pregrado y posgrado, dentro de las cuales confirma los argumentos esbozados.

⁸ **Comentario personal:** La única razón por la cual escribo y comparto el presente artículo es precisamente un intento de hacer ver a los estudiantes y profesionales el error en el que estamos inmersos actualmente, con la esperanza que tal situación pueda ser primeramente entendida y luego corregida, para poder retornar al análisis y aplicación del verdadero Derecho.

⁶ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

La legislación ha hecho del Derecho – medio de seguridad y garantía de la libertad – una especie de arma de guerra – instrumento de inseguridad y de coacción – ... Esa radical alteración del Derecho pervierte la libertad.

En suma, puede concluirse que el Derecho Positivo convierte a la sociedad en una estructura donde algunos pocos mandan y el resto obedece; y esa situación hace propicio el establecimiento de órdenes autoritarios, ilegítimos y despóticos.

Creo que el humilde aporte que aquí se intenta puede recordar a los abogados que su verdadera misión es abogar (*ad auxilium vocatus* –el llamado para auxiliar-) por los derechos de las personas, no cumplir ciegamente las órdenes que los gobernantes emiten a través de la legislación.

3.- EL DERECHO NEGATIVO COMO PROPUESTA DE DERECHO LIBERAL

Totalmente opuesta a la concepción jurídica antes descrita, el autor propone una forma distinta de comprender el Derecho, un sistema jurídico acorde y respetuoso de la libertad individual de las personas. En este punto es preciso señalar que coherente con la idea de las instituciones sociales que surgen de modo espontáneo –mercado, dinero, lenguaje, derecho, etc...- el autor no inventa nada por sí mismo, ni crea nada nuevo con la propuesta que aquí expone, es decir, no es una construcción mental o planificada la que realiza. Simplemente describe aquello que ya existía con antelación, lo cual a lo sumo cree haber descubierto luego de un proceso de investigación y búsqueda en torno a lo que puede ser el Derecho Liberal.

La distinción entre la propuesta que aquí se realiza y la forma tradicional de comprender el Derecho se hace evidente desde un inicio con la propia denominación con que se identifica la propuesta. El

autor optó por titularlo con el nombre de “Derecho Negativo”⁹ por 2 razones específicas:

1. Las normas que conforman el Derecho Negativo, son exclusivamente de tipoprohibitivo, es decir, que no regulan ninguna pauta de actuación, sino que tan solo fijan límites de lo que las personas y principalmente el Gobierno no pueden hacer; prohibiciones que tienen como único y exclusivo propósito proteger los derechos legítimos de las demás personas.
2. Para dejar totalmente clara la postura de que se trata de una propuesta diametralmente opuesta al Positivismo Jurídico.

El término negativo significa ausencia o inexistencia de algo (como lo define el DLE) y de ese modo se utiliza aquí dicho término. Cuando se hace referencia al Derecho Negativo lo que se indica es que el mismo carece de prescripciones, mandatos u órdenes específicas que impongan determinado modo de obrar a las personas. Ausencia necesaria para generar un ambiente donde sea propicio el ejercicio de la libertad individual, donde las personas puedan actuar del modo que les parezca más adecuado para alcanzar los fines que libremente escogen y persiguen, únicamente limitados por el derecho de libertad que también les asiste al resto de personas.

Corresponde a continuación presentar brevemente sus fundamentos y características más sobresalientes.

3.1 Definición del Derecho Negativo

El primer aspecto a tener en cuenta es que el Derecho Negativo es resultado de la aplicación dentro del campo jurídico de los principios fundamentales

⁹ Es necesario desterrar desde un inicio el falso nexo entre la palabra negativo y malo o perjudicial. Este punto es relevante para evitar cualquier confusión que hiciese considerar al Derecho Positivo como algo bueno o beneficioso y al Derecho Negativo como algo malo o perjudicial, por el simple nombre con el cual son denominadas ambas perspectivas jurídicas sin descender a sus respectivos contenidos, ni a las implicaciones que ambas perspectivas jurídicas conllevan.

El término “negativo” significa ausencia o inexistencia de algo (como lo define el DLE) y de ese modo se utiliza aquí dicho término. Cuando se hace referencia al Derecho Negativo lo que se indica es que el mismo carece de prescripciones, mandatos u órdenes específicas que impongan determinado modo de obrar a las personas. Ausencia necesaria para generar un ambiente donde sea propicio el ejercicio de la libertad individual, donde las personas puedan actuar del modo que les parezca más adecuado para alcanzar los fines que libremente escogen y persiguen, únicamente limitados por el derecho de libertad que también les asiste al resto de personas.

que caracterizan al Liberalismo¹⁰ como corriente de pensamiento, esto es, una filosofía dentro de la cual el valor preponderante es el reconocimiento y defensa de la libertad individual de las personas, lo que aparece como necesaria consecuencia la fijación de limitaciones y restricciones al poder y a las funciones que ostenta el Gobierno principalmente. Responde a una visión donde la persona individualmente considerada tiene una posición preeminente, se le considera un fin en sí mismo, no un medio, una pieza o parte de algo mayor que pueda ser utilizado a voluntad del planificador social.

En ese contexto, (Ossorio y Florit, 1982), respecto al sentido individualista del Derecho, señaló:

Son varios los autores que se han expresado acerca del sentido individualista del Derecho. Si nos atenemos a la apreciación de Kant, es “el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertad”... Todavía es más acentuada, en esa misma dirección, la idea de Wolff, quien afirma que el Derecho, como deber perfecto que es, tiene por objeto eliminar cuanto impida el recto uso de la libertad humana.

El Derecho como institución social propicia un ambiente de pacífica convivencia entre los seres humanos, condiciones que son generadas por una “ley universal de libertad” como señaló Kant. Esta ley universal de libertad es entendida como una norma de recta conducta que permite que todas las personas puedan hacer uso de la libertad en la misma medida, como un derecho inherente a todo ser humano. Dicha ley es universal por cuanto le asiste a todas las personas, la cual no corresponde a una disposición creada por el ente gubernamental que tenga dicha función (como el Congreso para el caso de Guatemala), sino que es anterior incluso a la existencia de los Estados organizados políticamente como hoy se conocen.

Para posibilitar el ejercicio de la libertad de las personas, el contenido de esa ley no es prescriptiva, es decir, no contiene instrucciones positivas sobre lo que cada persona debe realizar, ya que si así fuera

¹⁰ De ahí, que para poder comprender de mejor modo el Derecho Negativo sea necesario que previamente se conozcan temas básicos como:

- Libertad individual.
- Distinción entre Libertad negativa y Libertad positiva.
- Distinción entre Orden espontáneo (cosmos) y Orden creado (taxi).
- Distinción entre Normas de conducta (nomos) y Normas de organización (thesis).

no podría hablarse de libertad por cuanto dichas prescripciones se convertirían en intervenciones a la libre acción de las personas; por ende, la ley universal de libertad a la que Kant hace referencia solo contiene prohibiciones que las personas deben abstenerse de realizar para permitir el goce del derecho de la libertad de los demás sujetos. De ahí, que fácilmente pueda inferirse que un sistema jurídico respetuoso de la libertad de las personas, no debe prescribirles lo que deben hacer, sino tal solo fijar límites para proteger los

El Derecho, como institución social, propicia un ambiente de pacífica convivencia entre los seres humanos, condiciones que son generadas por una “ley universal de libertad”, como señaló Kant.

derechos de los demás, que es en esencia el sustento básico de las normas del Derecho Negativo.

Esto es además lo que Wolff expresa al señalar que el Derecho busca “eliminar cuanto impida el recto uso de la libertad humana.” Lo cual nuevamente evidencia que el Derecho no debe prescribir o regular ningún tipo acción particular para los individuos, solamente debe hacer de lado todas aquellas intervenciones -normas positivas- que estorben el ejercicio de la libertad individual de las personas. Esto implica que solamente se deben prohibir las conductas que causen daño o afectación a los derechos de otras personas ya que estas serían las que impedirían su respectiva libertad. Por ende, se confirma que el Derecho así entendido está esencialmente conformado por prohibiciones o normas negativas donde los sujetos tienen libertad de actuar sin interferencia alguna, sometidos únicamente a límites que protegen los derechos legítimos de las demás personas.

De lo esbozado con antelación, (Hayek, 2006) expuso:

Para los fundadores del constitucionalismo el término <derecho> {law} tenía un significado muy preciso y estricto. Sólo mediante las limitaciones impuestas al gobierno por el <derecho> en ese sentido podría esperarse que la libertad individual estuviera protegida. En el siglo XIX los filósofos del derecho lo definieron como un conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos respecto a los demás, aplicables a un número desconocido de casos futuros, y que contienen prohibiciones que delimitan (pero naturalmente no especifican) el ámbito de la esfera de autonomía de todo

individuo o grupo social. Tras largas discusiones, en las que especialmente los juristas alemanes llegaron a elaborar esta definición de lo que ellos llamaban <derecho en sentido material>... Estas normas son casi todas negativas en el sentido que prohíben en lugar de aprobar determinados tipos de acciones, que lo hacen así para proteger ámbitos de derecho dentro de los cuales es libre de actuar como decida... No nos equivocáramos mucho si, para nuestros fines, afirmásemos que todas las normas de recta conducta revisten carácter negativo.

Por su parte, (Rojas, *El Orden Jurídico Espontáneo*, 1990) al distinguir entre normas positivas y normas negativas explicó:

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas en positivas o negativas, de acuerdo con su finalidad. Aquellas que tienen por objeto imponer la realización de una conducta determinada, aun en contra de la voluntad del sujeto actuante, son normas de contenido positivo. Las normas negativas, en cambio, son las que "más que prescribir, prohíben determinados actos; que pretenden proteger unos marcos específicos dentro de los cuales el individuo seguirá siendo libre de actuar como mejor le parezca." Las leyes positivas indican lo que se debe hacer obligatoriamente. Las negativas indican lo que no se debe hacer. Un orden espontáneo se organiza sobre la base de normas de contenido negativo, que al prohibir la violación de los derechos, permite que la sociedad se organice siguiendo las decisiones individuales de sus integrantes.

El Derecho Negativo exige además que las prohibiciones resulten legítimas, esto es, que tengan como único y exclusivo propósito el proteger los derechos legítimos de las demás personas. Ello implica que el Derecho Negativo busca evitar que las acciones de cualquier persona, incluidas especialmente las acciones de las personas que ejercen funciones de Gobierno le causen daño a otra. Dicho propósito se fundamenta en el aforismo "neminem laedere" propuesto por Ulpiano que significa "No hacer daño a otro", principio básico del Derecho y de la Justicia misma¹¹.

Al cual se le debe agregar el "Axioma de No-Agresión" propuesto por (Rothbard, 1978), quien sobre el mismo explicó:

11 Como (Smith, 1997) señaló:

La mera justicia no es, en la mayor parte de los casos, otra cosa que una virtud negativa que nos prohíbe dañar a nuestros semejantes. El hombre que se abstiene simplemente de perjudicar a la persona, la propiedad o la reputación de sus vecinos, seguramente tiene muy poco mérito positivo. Cumple, sin embargo, con todas las reglas de los que peculiarmente se llama justicia.

Ningún hombre ni grupo de hombres puede cometer una agresión contra la persona o la propiedad de alguna otra persona. A eso se lo puede llamar el "axioma de No-Agresión". "Agresión" se define como el inicio del uso o amenaza de uso de la violencia física contra la persona o propiedad de otro. Por lo tanto, agresión es sinónimo de invasión. Si ningún hombre puede cometer una agresión contra otro; si, en suma, todos tienen el derecho absoluto de ser "libres" de la agresión, entonces esto implica inmediatamente que el libertario defiende con firmeza lo que en general se conoce como "libertades civiles".

Por ende, es preciso dejar en claro que no toda prohibición forma parte del Derecho Negativo, no basta que simplemente adopten la forma de normas negativas, es esencial analizar su contenido por cuanto también existen prohibiciones arbitrarias, estas son aquellas que si bien es cierto prohíben conductas, tal prohibición no busca proteger los derechos de las personas, sino limitar la libertad de los individuos al impedirles una serie de acciones que tienen toda la facultad de realizar, es decir, buscan que las personas no realicen lo que el gobernante no desea que hagan. Su objetivo no es proteger los legítimos derechos de las demás personas sino cumplir los designios de la autoridad.

Con base en lo expuesto, el autor define el Derecho Negativo como:

Conjunto de leyes formadas por el uso constante y la aceptación de las personas, que evolucionan y son descubiertas progresivamente. Las cuales poseen un contenido negativo que exclusivamente prohíben conductas y tienen como único propósito proteger los derechos de las demás personas; así como servir de parámetro para dirimir los conflictos que se susciten.

3.2 Características del Derecho Negativo

- **Espontáneo:** El Derecho desde la perspectiva Liberal, no es una creación de la autoridad gobernante mucho menos un monopolio de este, de ahí, que sea erróneo equiparar los términos Derecho y Estado -como Kelsen propuso- por cuanto el Derecho existe independientemente al Gobierno. El Derecho Liberal es una institución que se forma espontáneamente a través del uso reiterado que se hace del mismo por parte de las personas mediante de sus acciones de modo no deliberado, el cual evoluciona constantemente según cambian las conductas sociales, lo que le distingue además de las posiciones Iusnaturalistas que estiman al Derecho como algo fijo e inmutable.

- **Evolutivo:** El Derecho desde la perspectiva Liberal está conformado por una serie de normas que están en constante evolución, lo que denota el carácter dinámico de la sociedad. Dichas normas son descubiertas y articuladas progresivamente por parte de los jueces (que actúan en un sistema de *Common Law*) al pronunciarse sobre los asuntos sometidos a su conocimiento. Dichas decisiones sirven además como precedente no obligatorio para casos futuros, lo que permite su ajuste y evolución continua.
- **Prohibitivo:** El contenido básico de las normas antes señaladas presentan una naturaleza negativa, porque no prescriben ningún modo de actuar determinado respecto a los sujetos a quienes van dirigidas ya que estos son libres de actuar del modo que consideren más oportuno. Dichas normas solamente contienen prohibiciones que establecen los límites necesarios con el único y exclusivo propósito de evitar que se cause daño a los demás y con ello proteger los derechos legítimos de las demás personas y además permitir que todos los sujetos puedan ejercitar su respectiva libertad en la misma medida. En este punto es esencial precisar que no toda prohibición forma parte del Derecho Negativo, sino solamente aquellas prohibiciones legítimas, es decir, las que protegen los derechos de los demás.
- **Preventivo y Reparador:** Las normas negativas o prohibiciones que conforman el Derecho Negativo tienen como función esencial evitar los conflictos entre las personas para que a través de su observancia pueda propiciarse una pacífica y armónica convivencia entre los miembros de la sociedad. Además en el evento que surja un conflicto entre las personas, dichas normas proveen las bases para resolverlos, es decir, tienen como función dotar de parámetros objetivos para la decisión de los casos o reclamaciones que se presenten jurisdiccionalmente. Esto pone de manifiesto la verdadera función del Derecho, que consiste en resolver los conflictos de las personas, no en regular sus conductas.

3.3 Las fuentes del Derecho Negativo

Como antes se indicó, para la perspectiva liberal las instituciones sociales –incluido el Derecho– surgen de modo espontáneo y evolutivo, es decir, que no son creadas deliberadamente por nadie en particular. Congruente con ello, en este punto es necesario

exponer someramente los factores o circunstancias (fuentes) que dan origen al Derecho Negativo. Es necesario señalar desde el inicio que enérgicamente se rechaza la idea de que la legislación sea la fuente del Ordenamiento Jurídico¹² como supone el Positivismo Jurídico, por cuanto es una afirmación contraria a la realidad, que no tiene respaldo alguno más que en el propio designio del legislador.

3.3.1 Las acciones de las personas.

Lo primero a considerar es el hecho que el ser humano es el protagonista principal de todo proceso social, por ende, resulta esencial comprender que son las personas individualmente consideradas quienes a través de sus acciones moldean su entorno social sobre la base de las opiniones e ideas que comparten y principalmente de las acciones que realizan. Esas acciones que las personas llevan a cabo de modo libre y voluntario en su trato con los demás –relaciones sociales– son las que generan de modo inconsciente y no deliberado las normas de conducta que rigen en determinada sociedad, esto es, lo que comúnmente se conoce como costumbres, las cuales se forman a través de los comportamientos que los sujetos realizan de modo repetitivo y constante.

Lo anterior brinda un panorama totalmente distinto al que el Positivismo Jurídico plantea, toda vez, que son las propias personas que integran la sociedad quienes forman lo que con posterioridad será entendido como Derecho, no el legislador¹³ *ex ante*. De ahí, que desde la perspectiva Liberal dichas acciones sean una de las principales fuentes del Derecho. Como (Casadiegos Cáceres, 2005) al citar a Justiniano señaló:

El Derecho no escrito (Ius non scriptum), a decir de Justiniano, es aquel que el uso ha hecho válido, "porque la costumbre repetida diariamente y aprobada por el consentimiento de los que la siguen, equivale a leyes": Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitatur... El derecho no escrito, por consiguiente, funda su autoridad en el consentimiento tácito del pueblo... La costumbre ha sido la primera y más antigua fuente de derecho.

Sin embargo, es importante hacer notar que las conductas que forman esa costumbre son realizadas por las personas de un modo inconsciente, no deliberado, sin perseguir como objetivo que las

12 Otra ficción absurda, sin fundamento y contraria a la realidad que se encuentra regulada en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial.

13 Por esta razón desde el inicio se indicó que se trataba de un Derecho que se forma de abajo hacia arriba, es decir, dentro del seno de la propia población, no por el designio de la autoridad.

mismas constituyan el Derecho, puesto que de lo contrario sería exactamente lo mismo que el Positivismo Jurídico, sería un Derecho creado artificialmente con la única distinción que no sería el legislador quien creara el Derecho, sino el pueblo.

De ahí, que se afirme que el Derecho es una institución social que de modo natural y espontáneo surge y evoluciona progresivamente, como sucede por ejemplo con el mercado, el dinero o el lenguaje, los cuales tienen como base las acciones de las personas pero no la intención de estas en que sus acciones sean la causa del resultado que producen. En suma, se trata de un orden evolutivo, no de una planificación constructivista como la propuesta por Descartes.

Además de las costumbres existe otro tipo de conductas que las personas realizan en su trato con los demás que también se constituyen en una fuente del Derecho desde esta perspectiva, las cuales además son útiles como parámetros para la solución de conflictivos controversias que puedan surgir entre las personas con ocasión de dichas relaciones. Aquí se hace referencia a los pactos o contratos que las personas libremente realizan entre sí, los cuales son considerados “ley entre las partes” precisamente porque son las reglas que rigen los negocios jurídicos que realizan. Cabe hacer notar que el único requisito que se impone a la validez de tales pactos o contratos es que se realicen sin coacción, violencia o engaño alguno, es decir, que sea resultado de la libre voluntad de los sujetos intervinientes, esto es, que se lleven a cabo por consentimiento.

De esa cuenta, deviene ilegítima toda disposición de un tercero ajeno al asunto que pretenda forzar pactos que los sujetos no quieren realizar (como sucede por ejemplo en el caso de la expropiación donde alguien es obligado a vender contra su voluntad a un precio fijado por otros bajo una supuesta justificación de utilidad social); o que pretenda impedir pactos que los sujetos directamente involucrados si desean realizar (como sucede por ejemplo en el caso de las relaciones laborales donde se impone un precio mínimo del trabajo por debajo del cual nadie puede pactar, bajo una supuesta justificación de tutelaridad de los trabajadores).

Debe comprenderse y sobre todo respetarse que los pactos realizados con pleno consentimiento por las personas directamente involucradas, de forma libre y voluntaria, resultan necesariamente justos así como legítimos independientemente de los resultados que produzcan, precisamente porque tiene como base la voluntad y el consentimiento emitido por cada uno

de los sujetos directamente involucrados¹⁴. Ello tiene un fundamento básico: ningún trato o pacto hecho de modo libre y voluntario se realizaría a menos que las partes involucradas estuvieran en total acuerdo en su celebración y esto por considerar subjetivamente cada uno de ellos que resultarán beneficiados con el pacto realizado, es decir, que ganan con la celebración del mismo, ya que reciben más de lo que dan.

El Derecho es una institución social que de modo natural y espontáneo surge y evoluciona progresivamente, como sucede por ejemplo con el mercado, el dinero o el lenguaje.

Como Adam Smith, citado por (Milton Friedman y Rose Friedman, 2008), señaló:

¹⁴ Con total acierto el Dr. Ricardo Manuel Rojas señaló: “cada persona es el mejor juez de su propia preferencia.” Esto es, que cada quien sabe mejor que nadie lo que es mejor para sí mismo, a pesar que pudiera cometer errores (como cualquier ser humano). Lo anterior conlleva el reconocimiento y pleno respeto tanto de la dignidad como del valor de toda persona, el ejercicio de su mayor tesoro, su LIBERTAD DE ELEGIR. Lo que en otros ámbitos se conoce como *libre albedrío*, algo que hasta el propio Dios como Supremo Creador concede a los seres humanos y respeta.

Lo cual ningún intervencionista –de izquierda o de derecha– comprende ni respeta y por el contrario en una muestra de arrogancia creen saber lo que es mejor para todas las personas y bajo ese falso supuesto buscan imponer sus juicios de valor a los demás. De ahí, su deseo por que las personas hagan lo que ellos consideran que es lo mejor según su plan, según su visión (el megalómano al que hace referencia el Dr. Ludwig Von Mises), por ello se empeñan en regular la conducta de los demás, que es el objetivo concreto del Positivismo Jurídico.

Sobre dichos intervencionistas el Dr. (Ayau Cordón, *Sentido Común*, 2013) explicó: “quien pretende sustituir con sus propios juicios valorativos el juicio de sus conciudadanos, y no tiene reparo en utilizar el poder coercitivo del Gobierno para imponer su criterio, es un dictador.”

A lo cual (Bastiat, 2009) añadió: “¡Miserables! ¿Os creéis tan grandes que juzgáis a la humanidad tan pequeña que queréis reformarlo todo? ¡Basta que os reforméis a vosotros mismos!”

Y más sutilmente, Jesús (Mateo 7: 3-5) expresó: *¿Y por qué miras la paja que está en el ojo de tu hermano, y no echas de ver la viga que está en tu propio ojo? ¿O cómo dirás a tu hermano: Déjame sacar la paja de tu ojo, y he aquí la viga en el ojo tuyo? ¡Hipócrita! saca primero la viga de tu propio ojo, y entonces verás bien para sacar la paja del ojo de tu hermano.*

Todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que, mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria, ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio. No es necesaria una fuerza externa, la coerción o la violación de la libertad para conseguir una cooperación entre individuos de la que se pueden beneficiar.

Para dotar de certeza a las transacciones o pactos que las personas realizan dentro de las relaciones que sostienen con otros, tanto las de cumplimiento inmediato así como las de tracto sucesivo, se hace necesario garantizar el efectivo cumplimiento de lo pactado, esto es, lo que significa el principio "*pacta sunt servanda*". Dicha tarea ordinariamente está encomendada al Gobierno¹⁵ como ente que ostenta el monopolio de la coacción. Es importante señalar que en este caso el uso de la coacción resulta legítimo ya que tiene como único propósito el proteger los derechos legítimos de la parte contratante afectada con el incumplimiento de la otra.

Por último, cabe hacer notar que las estipulaciones realizadas por las partes dentro de los pactos o contratos se constituyen en la base para dirimir las diferencias o incumplimientos que puedan ocurrir entre las personas involucradas con ocasión de dicho acuerdo, de ahí, que sean también una fuente de Derecho aunque limitada solamente al asunto particular dentro de la cual se emiten.

3.3.2 Las decisiones jurisdiccionales

El primer aspecto a tener en cuenta es que para la perspectiva liberal el Derecho no tiene como finalidad el regular las conductas de los individuos dentro de las relaciones que sostienen con los demás ya que ello vulnera la libertad individual de las personas como antes se ha indicado; por el contrario, la función principal del Derecho es la de resolver las controversias o conflictos que surjan entre las personas derivado de las relaciones que libre y voluntariamente sostienen unas con otras.

Aquí queda evidenciada la diametral distinción que existe entre la visión que del Derecho tienen la perspectiva Positivista y la perspectiva Liberal. Para la primera, el Derecho es una herramienta de dominación y control que el gobernante ejerce sobre las personas que conforman la sociedad a efecto que estos hagan lo que desea. En tanto para la segunda, el Derecho es una herramienta de pacificación, por ende, se constituye en un medio o instrumento

¹⁵ Aunque esta tarea también podría ser realizada dentro de la esfera privada a través de agencias de seguridad y justicia por ejemplo, como el anarcocapitalismo propugna.

que está al servicio de las personas para resolver los conflictos que puedan surgir como resultado de las relaciones sociales que sostienen, extremo que resulta imprescindible para lograr una armónica convivencia entre las personas, condición que a su vez resulta esencial para el progreso social¹⁶. Dichas reglas son útiles tanto para resolver los conflictos interpersonales entre los sujetos que conforman una sociedad, pero principalmente para limitar el poder que ejerce el Gobierno sobre los individuos.

Comprender el Derecho como una herramienta de pacificación social pone de manifiesto la gran importancia que tienen las decisiones de los jueces al momento de resolver los casos sometidos a su conocimiento, toda vez, que es a través de dichas decisiones mediante las cuales se descubren y articulan paulatinamente las reglas de recta conducta preexistentes, las cuales se hacen explícitas al momento de su aplicación a situaciones particulares, es decir, dentro de los casos concretos donde son emitidas dichas decisiones. Por ello, se afirma que para la perspectiva liberal las decisiones jurisdiccionales son una fuente importante de donde surge el Derecho, el cual los jueces "descubren" progresivamente, situación que es contraria a la visión tradicional que considera que es el legislador quien "crea" el Derecho y que los jueces son solamente los encargados de su aplicación.

Esto a su vez permite identificar dos formas totalmente distintas y contrapuestas de concebir la función jurisdiccional. La que se realiza dentro de un orden creado como el sistema de Civil Law por ejemplo, donde el juez no es más que un mero aplicador de las disposiciones legales emitidas por el legislador, es decir, su función se circunscribe y limita a resolver las controversias sometidas a su conocimiento según lo estatuido previamente en los códigos y demás cuerpos legales independientemente de la justeza de la decisión para los sujetos involucrados. Y aquella que se realiza dentro de un orden espontáneo como

¹⁶ Como el Dr. (Pérez de Antón, 2004) enfatizó:

La paz es el humus de la convivencia. Y convivencia significa vivir con, no contra los demás. En contraposición a quienes identifican en la lucha el fermento de la sociedad, el sistema social de libre empresa parte de la premisa de que la paz es el origen de la vida social. La paz es lo que distingue al hombre de las fieras y sólo en paz se puede lograr bienestar material y espiritual... La división del trabajo es la matriz de la cooperación social. Cuando ambas operan libremente, encajan entre sí como dos poderosos engranajes, dando lugar a una verdadera explosión de riqueza y productividad que penetra hasta los últimos resquicios de la sociedad. «La división del trabajo transforma a los enemigos en amigos, hace surgir la paz de la guerra y convierte a los individuos en sociedad.» La razón de ello, resume Mises, se debe a que esa distribución voluntaria de oficios permite a los hombres considerarse a sí mismos compañeros en la búsqueda del bienestar en lugar de enemigos en la lucha por la sobrevivencia.

el Common Law por ejemplo, donde el juez tiene la función esencial de descubrir progresivamente el Derecho en su sentido objetivo y articularlo expresamente para así hacer explícitas las normas que lo conforman, lo que a su vez sirve como precedente no obligatorio para otros jueces en casos futuros. Es esta segunda forma de concebir la función jurisdiccional la que el Derecho Liberal adopta.

Sobre dicha función jurisdiccional, así como la importancia de las normas que descubren los jueces (Rothbard, 1978) señaló:

El cuerpo troncal del derecho anglosajón, el justamente célebre derecho común (common law), fue desarrollado durante centurias por jueces competentes que aplicaban principios sancionados a lo largo del tiempo en lugar de los cambiantes decretos del Estado. Estos principios no fueron decididos en forma arbitraria por ningún rey o legislatura; evolucionaron por siglos mediante la aplicación de principios racionales –y muy a menudo libertarios– a los casos que se presentaban. La idea de seguir los precedentes no fue un mero tributo al pasado; tuvo su origen en que todos los jueces de épocas pasadas habían tomado sus decisiones aplicando los principios del derecho común, generalmente aceptados, a casos y problemas específicos. La opinión unánime era que los jueces no hacían el derecho (como suele suceder hoy); su tarea, su experiencia, consistía en encontrar la ley dentro de los principios aceptados del derecho común, y luego aplicar ese derecho a casos específicos o a nuevas condiciones tecnológicas o institucionales. La permanencia del derecho común a lo largo de siglos es testimonio de su éxito. Los jueces del derecho común, además, actuaban de manera muy similar a los árbitros privados, como expertos en derecho a los cuales acudían con sus pleitos las entidades privadas. No había ninguna “corte suprema” arbitrariamente impuesta cuya decisión fuera obligatoria, ni ningún precedente.

Por último, resulta necesario abordar la afirmación que desde la perspectiva del Derecho Liberal los precedentes, jurisprudencia o doctrina legal (como quieran denominarlos) deben ser meramente guías o pautas de interpretación para casos futuros pero que no deben ser de obligatoria observancia para el resto de los jueces. Esta afirmación descansa en dos razones básicas: La primera, es que al hacer obligatorias las decisiones que otros jueces han emitido en casos anteriores indefectiblemente se estanca y congela el Derecho en esas decisiones, por cuanto los jueces restantes no tienen la posibilidad de seguir descubriendo las normas de recta conducta, sino que deben ajustarse a la interpretación y argumentos

hechos en los casos precedentes, lo cual es totalmente contrario a la idea de evolución del Derecho. La segunda, radica en el hecho que el aceptar decisiones previas que devengan obligatorias en lo futuro para el resto de jueces implica que no cualquier juez puede crear dicha obligatoriedad respecto al resto sino solo alguna judicatura en específico, como las Supremas Cortes,¹⁷ por ejemplo. Sin embargo, tal situación llevaría inexorablemente a transformar el Derecho pasándolo de una institución social de carácter espontáneo hacia una institución creada deliberadamente, similar al Positivismo Jurídico, en donde solamente cambiaría el emisor de las normas que los restantes jueces deberían obedecer, ya no sería el legislador, sino la judicatura superior, lo cual desnaturaliza por completo el Derecho propuesto desde la perspectiva liberal.

3.3.3 La legislación.

Para el Positivismo Jurídico la legislación conforma la totalidad del Derecho, para ello es necesario que exista un órgano político de Gobierno que con exclusividad cree ese Derecho y defina su contenido, así como sus ámbitos de aplicación –personal, material, territorial y temporal- tanto en lo referente al Derecho Privado como al Derecho Público. Sin embargo, el Derecho Liberal tiene su propia perspectiva respecto a lo que es la legislación, así como la función que esta realiza dentro de una sociedad de hombres libres¹⁸.

Contrario a lo que podría suponerse el Liberalismo no busca un mundo sin leyes¹⁹ o sin Gobierno, de hecho, para Liberalismo Clásico así como para el Minarquismo es importante la existencia del Gobierno, por ende, no se propugna por la eliminación total del mismo, ni tampoco por la eliminación total de la legislación. En todo caso la discusión se centra en torno al tamaño de dicho Gobierno, las funciones que debe realizar, así como

17 En Guatemala este fenómeno se evidencia con las decisiones que emite la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

18 En Guatemala este fenómeno se evidencia con las decisiones que emite la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

19 Nótese que no se dice que la legislación o incluso el Positivismo Jurídico sean malos o perjudiciales *per se* (ya que no son personas, no pueden actuar, pensar o sentir por sí mismos, tal vicio de pensamiento sería un error antropomórfico), es el uso que las personas hacen de ellos lo que repercute en el orden social resultante. Análogamente como podría pasar con una piedra o un cuchillo no son buenos o malos en sí mismos, sino que dependen del uso que las personas hagan de ellos lo que determina tal situación.

la fijación de límites al ejercicio del poder que le ha sido conferido.

Si se considera que la existencia del Gobierno es importante como una estructura artificialmente creada que funciona dentro de un orden espontáneo mayor denominado sociedad; lo siguiente es reconocer que ese Gobierno requiere de un marco jurídico específico que le permita organizarse, así como establecer sus canales de actuación para poder cumplir con las funciones que le son asignadas y sobre todo fijar los límites necesarios al ejercicio del poder que le es conferido a efecto de evitar que abuse del mismo en beneficio de las personas que ejercen las funciones públicas o sus allegados y en detrimento del resto de personas.

Dicho marco jurídico debe estar conformado precisamente por la legislación. Estas normas conforman lo que tradicionalmente se ha denominado como Derecho Público, un conjunto de normas legislativamente creadas que deben ser dirigidas exclusivamente a las personas que dirigen las instituciones que conforman el Gobierno, no a las personas particulares. Aquí puede evidenciarse la importante función que cumple esa legislación, esto es, como el conjunto de normas de organización que regulan la estructura y funciones de los distintos órganos que conforman el Gobierno para establecer y fijar su marco de acción, así como sus límites.

En este punto resulta importante clarificar que las normas que organizan al Gobierno, es decir, la legislación, no deben ser consideradas como Derecho propiamente. Ello en virtud que esta clase de normas no poseen las características *de abstracción y de generalidad*, toda vez, que ese marco normativo si tiene un objetivo concreto y específico el cual es regular la estructura de las distintas dependencias de Gobierno, así como establecer sus funciones y límites; además que sus disposiciones no son aplicables a la generalidad de individuos sino tan solo a las personas que ejercen las funciones de Gobierno en un momento determinado. La comprensión de lo anterior permite distinguir entre lo que es Derecho y lo que es legislación, conceptos totalmente distintos y claramente diferenciables.

De esa cuenta puede evidenciarse que existe una esfera privada en la cual la persona individualmente considerada goza de libertad y no está obligada a ningún marco de actuación predeterminado puesto que actúa sobre la base de sus preferencias y fines particulares por lo que solamente es legítimo prohibirle a través de normas negativas aquellas

conductas que pueden causar daño a otros. Y además existe una esfera pública en la cual las personas que ejercen las funciones de Gobierno no son libres para actuar como deseen, por el contrario, solamente pueden hacer aquello que le es permitido por la legislación que regula su actuación, esta es la idea básica de lo que significa un Gobierno Limitado. Lo cual puede ser explicado fácilmente en los términos de una máxima de Derecho que establece: *“La persona puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, el funcionario solo lo que la ley le permite”*.

Ciertamente la función que realiza Gobierno puede ser importante para el mantenimiento del orden espontáneo de la sociedad en la medida que proteja los derechos legítimos de las personas a través del poder que le ha sido conferido (coacción legítima), pero situación muy diferente es suponer que pueda hacer cualquier cosa que desee utilizando ese mismo poder (coacción arbitraria).

Como el Dr. (Mises, 2002), afirmó:

El Estado es una institución necesaria e indispensable, y, adecuadamente administrado, base de la sociedad, de la cooperación humana y de la civilización. Es el instrumento más beneficioso y más útil que ha encontrado el hombre en sus esfuerzos para promover la felicidad y el bienestar de la humanidad. Pero es únicamente un instrumento, un medio, no un fin. No es Dios²⁰. Es simplemente compulsión y coerción, fuerza policial.... El Estado es una institución humana, no un ser sobrehumano.

En suma, para la perspectiva liberal la legislación tiene un papel muy importante cuyo único objetivo es la organización de las dependencias del Gobierno, así como la fijación precisa de las funciones que el mismo debe realizar; y sobre todo del establecimiento de límites que el Gobierno no puede sobrepasar a efecto de evitar que este se convierta en la principal amenaza de la libertad individual. Como (Panbianco, 2009) señaló: *“Necesitamos la protección del gobierno, pero también la protección frente al gobierno.”*

²⁰ Noción totalmente opuesta a la Estatolatría de la cual el Dr. Axel (Kaiser, 2016) expuso:

La estatolatría, que no es más que una adoración irreflexiva de la idea llamada Estado, ha reemplazado, enseñó Carl Jung, a la religión con su promesa de una trascendencia y recompensa más allá de este mundo. El Estado se ha convertido así en el objeto de culto, en la figura a la que se recurre cada vez que hay algún problema, en el poseedor de todas las respuestas a los dilemas de la existencia social. Su sabiduría, enseñaba Rousseau, es infalible y su esencia, argumentó Hegel, la expresión del espíritu divino sobre la tierra. Probablemente ninguna fe sea más inquebrantable y contagiosa que la fe en el Estado... El estatólatra jamás podrá romper el paradigma de que el Estado es la solución.

4.- CONCLUSIONES

- El Positivismo Jurídico considera al Derecho y la legislación como sinónimos. Desde esa perspectiva la legislación es la fuente principal del Ordenamiento Jurídico, por ello, concibe al Derecho como una institución creada con exclusividad por el Gobierno. Esto ha hecho perder el verdadero significado de los conceptos de Derecho y de Ley.
- El Positivismo Jurídico tiene como principal objetivo regular la conducta de las personas en sus relaciones sociales, lo cual implica que las personas no actúan conforme sus planes o preferencias, sino sometidos a los mandatos impuestos por la autoridad a través de la legislación. Esto indefectiblemente vulnera la libertad individual de todos los sujetos.
- El Derecho Negativo es una institución que surge de modo natural y espontáneo dentro del orden social el cual evoluciona constantemente, se conforma por normas de tipo negativo -prohibiciones- cuyo único propósito es proteger los derechos de las personas y con ello crear las condiciones para lograr una pacífica convivencia social, esto es, mantener el orden espontáneo donde se desenvuelven.
- El Derecho Negativo tiene como fuentes: las acciones de los individuos a través de las costumbres que comparten y los acuerdos que realizan; el descubrimiento que los jueces hacen de las normas de recta conducta a través de sus decisiones; y la legislación de un modo supletorio a través de la regulación de la estructura, funciones y límites del Gobierno.
- Las normas que conforman el Derecho Negativo establecen los parámetros objetivos y racionales para la dirimencia de conflictos que surjan entre las personas derivado de las relaciones sociales que sostienen. Por ende, la función del Derecho desde la perspectiva liberal es resolver conflictos, no regular la conducta de las personas.
- La perspectiva liberal concibe al Derecho como una herramienta de pacificación que permite una pacífica y armónica convivencia entre los individuos, el Derecho está al servicio de las personas como medio para alcanzar sus propios fines; en tanto la perspectiva Positivista concibe el Derecho como una herramienta de dominación y control que el gobernante

ejerce sobre el resto de personas al regular sus conductas, a efecto que estos hagan lo que este desea.

5.- REFERENCIAS

- Ayau Cordón, M. F. (2013). *Sentido Común*. Guatemala : Universidad Francisco Marroquín.
- Bastiat, F. (2009). *Obras escogidas*. Madrid: Unión Editorial. Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Casadiegos Cáceres, F. (2005). *Curso de Derecho Romano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.
- Hayek, F. A. (2006). *Derecho Legislación y Libertad*. Madrid : Unión Editorial.
- Jouvenel, B. (1998). *Sobre el Poder*. Madrid: Unión Editorial.
- Kaiser, A. (18 de 10 de 2016). *Diario Financiero*. Recuperado el 16 de 07 de 2020, de <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/la-estatolatria/2016-10-17/212344.html>
- Kirchmann, J. V. (1983). *La Jurisprudencia no es una Ciencia*. Madrid: Civitas.
- Leoni, B. (2013). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Madrid : Unión Editorial.
- Milton Friedman y Rose Friedman. (2008). *Libertad de Elegir*. Madrid: Fundación FAES S.L.U.
- Mises, L. V. (2002). *Gobierno Omnipotente [En nombre del Estado]*. Madrid: Unión Editorial.
- Ossorio y Florit, M. (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Panebianco, A. (2009). *El Poder, El Estado, La Libertad*. La frágil constitución de la sociedad libre. Madrid: Unión Editorial.
- Pérez de Antón, F. (2004). *La Libre Empresa*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín.
- Rojas, R. M. (1990). *El Orden Jurídico Espontáneo*. Revista Libertas. Instituto Universitario ESEADE.

- Rojas, R. M. (2018). *El Derecho y la Escuela Austríaca de Economía*. México, México.
- Rothbard, M. (1978). *Hacia una Nueva Libertad. El Manifiesto Libertario*. Madrid: Unión Editorial.
- Smith, A. (1997). *Teoría de los Sentimientos Morales*. Madrid: Alianza Editorial.

Sobre el autor

LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ RAMÍREZ. Ph. D.

Juez del Tribunal Segundo de Sentencia Penal,
Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del
Departamento de Quetzaltenango.