

CONCEPTO FUENTES Y RAMAS DEL DERECHO

Dra. Andrea Patané y Dr. Marcelo Di Stefano

Principios de Der. Constitucional y DDHH

CBC-UBA Cátedra Di Stefano

I. CONCEPTO DE DERECHO

I.1. Introducción

Definir el "concepto de derecho" siempre resulta un desafío, ya que su conceptualización y descripción pacífica, aceptada por la mayoría de la doctrina, es muy difícil de lograr. Este dilema se ve influido por diversos factores, incluyendo cuestiones lingüísticas y semánticas. Sin embargo, la complejidad mayor radica, indudablemente, en los aspectos filosóficos e ideológicos. Este no es un problema superficial; es un tema de gran profundidad. No podemos exigir a los estudiantes de primer año de derecho que comprendan la densidad completa de la temática en su totalidad. Más bien, se trata de una asimilación gradual y progresiva de información. Al procesarla desde una perspectiva individual con espíritu crítico, los estudiantes podrán, a lo largo de su carrera, adoptar una posición, precisar una perspectiva y formular su propia idea sobre el concepto de derecho.

A continuación, presentaremos diversas definiciones, herramientas de comprensión y trabajos de destacados autores. Finalmente, aportaremos nuestra propia aproximación genérica sobre el concepto de derecho.

I.2. Distintas miradas sobre el concepto de derecho

A lo largo de la historia de la humanidad, el derecho ha sido conceptualizado de diversas maneras. Entre ellas, encontramos definiciones ontológicas que consideran el contexto histórico y el origen etimológico de la palabra; definiciones terminológicas que aclaran el concepto desde la perspectiva descriptiva de las palabras; y definiciones lingüísticas que profundizan en el sentido del lenguaje. Es clave reconocer que todas estas perspectivas no son neutras, sino que están intrínsecamente vinculadas a la adopción de una posición ideológica por parte del intérprete.

El derecho clásico, por ejemplo, ha buscado en la historia y en la lengua latina del derecho romano un fundamento que pueda presentarse como originario. Esta corriente pretende desentrañar el "sentido originario de la palabra derecho" mediante herramientas etimológicas, argumentando que proviene del latín *directum*, que significa lo recto y lo rígido, asociándolo así a la idea de rectitud, corrección y dirección a un fin.

Por otro lado, las conceptualizaciones terminológicas, presentes en diccionarios de uso común y jurídicos, buscan objetivos descriptivos sin inmiscuirse en debates específicos. Por ejemplo, se define al derecho como "*el conjunto de reglamentaciones, leyes y resoluciones, enmarcadas en un sistema de instituciones, principios y normas que regulan la conducta humana dentro de una sociedad, con el objetivo de alcanzar el bien común, la seguridad y la justicia*". Aunque estas definiciones resultan útiles para una aproximación genérica, suelen simplificar, contradecir y generalizar, aspectos que el estudioso del derecho comprende a medida que avanza en su conocimiento.

En la práctica, el derecho, aunque parezca un concepto fácil de definir a simple vista, se revela como un terreno complejo debido a diversas razones. Entre los juristas argentinos, el Dr. Carlos Nino ha abordado con brillantez este tema en su libro "Introducción al Análisis del Derecho"¹, una lectura que recomendamos atentamente a nuestros estudiantes.

Carlos Nino, al considerar las interrelaciones del derecho con otras disciplinas, establece una distinción significativa entre las propiedades valorativas y normativas al analizar el "objeto" del derecho. Partiendo de la premisa de que la palabra derecho es: AMBIGUA, VAGA y EMOTIVA, Nino ofrece un esclarecedor análisis.

La ambigüedad del término se manifiesta no solo por la sinonimia accidental, sino también por sus múltiples acepciones interrelacionadas, generando confusión y permitiendo diversas interpretaciones. Nino ilustra esta ambigüedad mediante ejemplos que abarcan su utilidad como Derecho Subjetivo, Derecho Objetivo y Ciencia.

- "EL DERECHO ARGENTINO PREVE LA PENA CAPITAL." (DERECHO OBJETIVO)

- "TENGO DERECHO A VESTIRME COMO QUIERA." (DERECHO SUBJETIVO)

- "EL DERECHO ES UNA DE LAS DISCIPLINAS TEORICAS MAS ANTIGUAS." (CIENCIA)

En su análisis, Nino también destaca la vaguedad de la palabra derecho, ya que resulta imposible atribuir propiedades o características al término que se apliquen a todos sus usos. Finalmente, señala su carga emotiva, ya que al mencionar la palabra derecho, se evoca una carga emocional positiva, conduciendo a un pensamiento honorífico.

Regresando al lenguaje, definido como un sistema de signos, y considerando la carga emotiva asociada a la palabra derecho, Nino explora los valores arraigados al derecho, como la moral y la justicia. Define el sistema jurídico como un sistema normativo reconocido por los órganos del sistema, quienes disponen métodos de coacción a través de medidas y recurren a la fuerza estatal. Así, destaca dos elementos fundamentales: la coactividad, que implica el uso del monopolio de la fuerza estatal, y la institucionalización, que implica la regulación por órganos específicos que ostentan dicho monopolio estatal.

I.3. El fundamento del derecho

Existen diversas definiciones de derecho que dependen del contexto y de la fuente de donde provienen, lo que genera una división en la doctrina. Una de las tesis fundamentales es la que establece la estrecha conexión entre derecho y moral, conocida como iusnaturalismo. Por otro lado, la segunda tesis, la corriente positivista, se aparta por completo de esta vinculación con la moral. Es importante destacar desde el inicio que, aunque estas posiciones se presentan en extremos opuestos, admiten matices y respuestas eclécticas que incorporan elementos de ambas posturas.

I.3.1. El iusnaturalismo

¹ NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980 y 15 reimpressiones.

La corriente iusnaturalista defiende la relación entre la moral y el derecho, sosteniendo que bajo estos valores se establece un límite a la coacción estatal, que debe respetar parámetros morales externos y permanentes. Carlos Nino expone que el iusnaturalismo se fundamenta en dos tesis principales:

1. Una primera tesis de filosofía ética que afirma la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y accesibles a la razón humana.
2. Una segunda tesis sobre la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser considerados "jurídicos" si contradicen esos principios morales o de justicia.

Para el iusnaturalismo, el derecho se apoya en un sistema de valores previo al sistema jurídico y a la existencia de un Estado determinado. Este sistema de valores morales, constituido por principios universalmente válidos, se considera un "derecho natural" que precede al derecho elaborado por el sistema estatal.

En la perspectiva iusnaturalista, la validez de las normas jurídicas se respalda por su congruencia con el derecho natural. El sentido de justicia no se encuentra en el procedimiento de sanción de las normas o en la legitimidad del poder estatal, sino en la conformidad de las prescripciones normativas con los valores permanentes del derecho natural.

Si bien englobamos dentro del iusnaturalismo a todas las corrientes que fundamentan su posición en la relación entre el derecho y la moral, es necesario reconocer brevemente la existencia de diversas posiciones dentro de los defensores de esta línea de análisis.

- **CORRIENTE IUSNATURALISTA TELEOLÓGICA:** Esta corriente encuentra su base en la creencia en la existencia de un ser superior, un Dios creador, que en el caso del catolicismo es considerado "la fuente de toda razón y justicia". Sin embargo, esta creencia se expresa de manera similar en diversas religiones, estableciendo la subordinación del derecho "terrenal" a los valores consagrados por los mandatos religiosos. Estos valores son considerados previos, universales y aplicables a todas las personas y épocas, presentando la característica de inmutabilidad.

Desde la perspectiva teleológica del iusnaturalismo, el derecho positivo surge del derecho natural, que actúa como su "marco teórico" y, al mismo tiempo, establece sus límites. Un exponente destacado de esta tesis es Santo Tomás de Aquino, quien propuso la existencia de distintos órdenes categóricos de leyes que derivan jerárquicamente una de otra. La ley natural, que es la participación de todas las criaturas en la ley eterna, es accesible a través de la razón humana. En segundo orden, encontramos la ley humana, desarrollada por la humanidad, que deriva racionalmente de la ley natural y tiene un carácter complementario y dispositivo en relación con el contenido general presente en la ley natural.

- **CORRIENTE IUSNATURALISTA RACIONALISTA:** En contraste con la corriente teleológica, la iusnaturalista racionalista sostiene que el derecho natural emana de la naturaleza humana, prescindiendo de concepciones religiosas. Esta corriente postula que el orden natural es accesible a la humanidad mediante la racionalización, el pensamiento y el uso de la razón humana, dando lugar al derecho natural. Importantes exponentes de esta tesis, que surgieron en el marco del iluminismo europeo del siglo XVII, son Kant y Spinoza.

- **CORRIENTE IUSNATURALISTA HISTORICISTA:** Savigny es el principal exponente de esta corriente, que sostiene que los derechos son producto del desarrollo de la sociedad, constituyendo un producto socio-histórico. Según

esta perspectiva, se van conformando "valores universales" a lo largo del tiempo, convirtiéndose en valores morales o derechos naturales que deben servir como referencia para valorar la producción del derecho positivo en una sociedad determinada. La corriente historicista destaca la importancia de considerar la evolución histórica y social al analizar los fundamentos del derecho.

I.3.2. El Positivismo

El positivismo jurídico se define por su desvinculación del derecho con la moral, estableciendo que el único derecho existente proviene de la sanción normativa bajo los parámetros de una sociedad específica. En este sentido, solo se considera derecho aquel que emana del proceso de sanción y promulgación de normas establecido en la Constitución Nacional Argentina, prescindiendo de cualquier relación con la moral, la religión o la interpretación del orden natural.

Hans Kelsen, reconocido como el máximo exponente del positivismo jurídico, elaboró obras influyentes como la "Teoría pura del derecho" y la "Teoría general del derecho y del Estado". Dentro del positivismo, existen diversas corrientes de pensamiento, algunas de las cuales niegan toda importancia y relación con normas morales, ideológicas y procesos históricos para respaldar la juridicidad de las normas, mientras que otras aceptan la conexión del derecho con el entorno y reconocen la necesidad de procesar la información sustancial de la concepción social mayoritaria para validar un sistema de derechos.

- **POSITIVISMO IDEOLOGICO:** Establece que todas las normas de un sistema jurídico son obligatorias, y su aplicación es una facultad de los jueces, quienes deben realizar esta tarea de manera independiente de la moral. La importancia recae en el ordenamiento jurídico vigente en el momento de aplicar las normas.
- **POSITIVISMO METODOLOGICO:** También denominado positivismo conceptual, esta corriente considera posible que algo sea "derecho" e "injusto" simultáneamente sin incurrir en incoherencias. Aunque niega la conexión entre el derecho y la moral, acepta la tesis moderada del positivismo que reconoce principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente. Por ejemplo, Carlos Nino, un destacado exponente de esta perspectiva, presenta la noción de derechos humanos desde un enfoque positivista, pero incorpora la idea de que estos derechos se basan en un derecho natural de las personas, independiente del reconocimiento estatal.

En la actualidad, muchos principios morales y de justicia universales que forman parte del derecho natural han sido incorporados al derecho positivo, tanto en legislaciones nacionales como en instrumentos internacionales de derechos humanos.

I.4. Definiciones

Finalmente queremos presentar algunas definiciones que pueden servir de guía para este primer curso de derecho.

Según Nino ***un sistema jurídico es un sistema normativo reconocido (generalmente como obligatorio) por ciertos órganos que el mismo sistema estatuya, y que regula las condiciones en que esos órganos pueden disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares, recurriendo al monopolio de la fuerza Estatal. Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca***

al sistema jurídico en cuestión. Una norma es válida cuando ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico.

Por nuestra parte, aportamos una definición simple a los efectos del curso, sosteniendo que ***“el derecho es un conjunto de principios y normas, que se sustentan en los resultados evolutivos de los procesos socio-históricos y culturales de una sociedad determinada, que regulan las relaciones de las personas físicas y jurídicas, y cuya observancia es de cumplimiento obligatorio garantizado por la capacidad coactiva del Estado”.***

II. FUENTES DEL DERECHO

II.1. Concepto

El concepto de fuente se define como la génesis o el origen del derecho, surgido de actos, procesos que dan forma a la norma jurídica, valoraciones y hechos históricos relevantes que originan el derecho como conducta exigible, incluso si no está plasmado en una norma jurídica específica. En situaciones de conflictos jurídicos, es crucial analizar la fuente-norma aplicable al caso concreto.

El concepto de fuentes está estrechamente vinculado con la reflexión sobre el origen y fundamento del derecho, siendo parte de la discusión de diversas corrientes de pensamiento ius filosóficas. Para el iusnaturalismo, la fuente es el orden natural, ya sea asequible por los hombres, relacionado con Dios en sus corrientes religiosas o interpretado por la razón humana en sus variantes racionalistas. Por otro lado, el positivismo considera que las referencias originarias de las fuentes son exclusivamente las leyes, prescindiendo de otras fuentes y valores.

II.2. Clasificación

FUENTES HISTÓRICAS: Antecedentes jurídicos normativos que tuvieron obligatoriedad en el pasado. Se dividen en ideológicas, normativas e instrumentales, según Bidart Campos².

- a) Ideológicas: Conjunto de ideas y creencias que dan sentido filosófico e histórico a las normas.
- b) Normativas: Textos legales, incluidos los anteriores a la primera constitución, que son antecedentes para el caso jurídico.
- c) Instrumentales: Relacionadas con el proceso político-jurídico que conforma la creación y sanción de la Constitución y las leyes.

FUENTES MATERIALES: Factores de la realidad que generan necesidades de regulación normativa, derivando en una norma regulatoria a partir de hechos pasados relevantes y generalmente conflictivos.

FUENTES FORMALES: Manera en que el derecho se manifiesta en la realidad, evolucionando desde la costumbre, jurisprudencia hasta la ley.

III.3. La ley

En los sistemas jurídicos continentales, como el argentino, la ley es la fuente más importante, mientras que en los sistemas common law, como el inglés, la jurisprudencia juega un papel primordial.

Definición de Ley:

Presentamos a continuación una serie de definiciones de "ley" según distintos autores:

1. Hans Kelsen: "La norma jurídica, en cuanto regla de derecho, es decir, en cuanto regla de comportamiento humano, es una orden emanada de una autoridad". Fuente: "Teoría Pura del Derecho" (1934).

² BIDART CAMPOS, Germán; Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Buenos Aires, 2010.

2. Tomás de Aquino: "La ley es una participación de la ley eterna en la criatura racional, que se promulga para el bien común por aquel que tiene a su cargo la comunidad". Fuente "Summa Theologica" (Siglo XIII).
3. Eugenio Raúl Zaffaroni: "La ley es el producto del proceso político legislativo, emanada del Congreso y del Poder Ejecutivo. La ley es el resultado de un juego de intereses políticos, económicos y sociales que ha sido aprobado por los órganos legislativos y por el Poder Ejecutivo". Fuente: "Manual de Derecho Penal" (1997).
4. Carlos Nino: "Ley es cualquier tipo de norma jurídica de carácter general". Fuente: "Introducción al Análisis del Derecho" (1985).

Estas definiciones ofrecen perspectivas variadas sobre el concepto de "ley" desde la teoría pura del derecho, pasando por el iusnaturalismo teológico, hasta enfoques más pragmáticos y sociológicos. Cada autor refleja su visión única sobre el papel y la naturaleza de la ley en el contexto jurídico.

A los efectos de nuestro curso inicial, definiremos a la ley como una norma de carácter general y obligatoria dictadas por el poder estatal correspondiente, atento al mandato constitucional, para regular las conductas humanas.

Características de las Leyes:

- a) Generales: Aplicables a todas las personas en condiciones previstas por ella.
- b) Obligatorias: Establecen obligaciones y otorgan derechos con carácter imperativo-atributivo.
- c) Permanentes: Dictadas con carácter indefinido, sin plazo de vigencia temporal.
- d) Abstractas: Aplicables a todos los casos que se encuadran en los supuestos contemplados en la norma.
- e) Inexcusables: No se puede invocar desconocimiento para dejar de cumplirlas.
- f) Irretroactivas: Regulan hechos a partir de su publicación hacia el futuro.

Clasificaciones de las Leyes:

- a) Ley en Sentido Material: Norma escrita sancionada por la autoridad pública competente, abarcando Constituciones, leyes, decretos, etc.
- b) Ley en Sentido Formal: Normas identificadas por un número que pueden referirse a normas generales o a asuntos concretos de gobierno, como el presupuesto de la administración pública.

III.4. La Costumbre

La costumbre, parte integral del "derecho no escrito", desempeña un papel central en las comunidades primitivas, representando un hábito compartido y consensuado. Este hábito, uniformemente practicado durante un período sustancial de tiempo, adquiere la dimensión de una obligación jurídica colectiva.

La costumbre jurídica consta de dos elementos distintos: uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo implica una serie de actos uniformes y constantemente repetidos, caracterizados por la uniformidad en su ejecución, la repetición constante, la generalidad de la práctica y su duración a lo largo del tiempo. Por otro lado, el elemento subjetivo se refiere a la convicción o creencia de que esta forma de actuar es jurídicamente

obligatoria. No basta con la repetición; es esencial la observancia constante y uniforme por parte de los miembros de la comunidad, quienes deben percibir que la violación de esta costumbre conlleva sanciones.

La clasificación de la costumbre se basa en su relación con la ley:

- a) La primera categoría es aquella convalidada por la ley, donde el legislador reconoce y valida la costumbre, transformándola en norma. Esto demuestra que la ley se fundamenta en las prácticas arraigadas en la comunidad (*secundum legem*).
- b) El segundo caso se presenta en ausencia de ley, llenando así un vacío legal. Sin embargo, en derecho penal, este tipo de costumbre no se aplica (*praeter legem*).
- c) El tercer caso es cuando la costumbre va en contra de la ley, siendo considerada carente de valor jurídico al oponerse a las leyes establecidas (*contra legem*).

III.5. La Jurisprudencia

La jurisprudencia, otra fuente fundamental del derecho, se define como el conjunto de fallos judiciales que sirven de fundamento a pronunciamientos futuros. Su relevancia se mide directamente por la jerarquía del tribunal emisor y la trascendencia de la temática abordada. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o de tribunales superiores son comúnmente utilizados como referencias jurisprudenciales, especialmente en casos de alta complejidad, donde se convierten en "casos de referencia" o "leading cases".

Aunque la jurisprudencia no es obligatoria, aquellos que aplican la ley suelen buscar aval en decisiones judiciales anteriores para fundamentar sus propias decisiones y argumentos legales. Este proceso es común en la práctica judicial cotidiana. Sin embargo, es importante recordar que los jueces no pueden eludir su responsabilidad de juzgar bajo ningún pretexto de silencio o insuficiencia de las leyes.

La jurisprudencia se vuelve esencial para los diversos actores del sistema legal, como jueces, abogados litigantes y funcionarios del Ministerio Público, ya que proporciona una actualización constante del pensamiento jurídico. Diversas publicaciones temáticas organizan y proporcionan información sobre los diferentes pronunciamientos judiciales, facilitando así el acceso y la comprensión de este importante componente del derecho.

III.6. La Doctrina

La doctrina, entendida como el conjunto de teorías y estudios científicos sobre las normas, el derecho, su valoración e interpretación, representa el fruto de la elaboración intelectual de los juristas y expertos en la materia.

Aunque no posee obligatoriedad, la doctrina constituye una fuente material del derecho, ya que influye en el contenido y la interpretación de la ley y la jurisprudencia. La relevancia de la doctrina está estrechamente ligada a la autoridad y el reconocimiento de los autores que la desarrollan, lo cual se basa en un análisis profundo y riguroso. Esto facilita la interpretación, integración y sistematización del ordenamiento jurídico correspondiente.

Es innegable que la doctrina desempeña un papel clave en la práctica jurídica al proporcionar orientación y claridad en la aplicación del derecho. A través de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, la doctrina brinda herramientas conceptuales y metodológicas que ayudan a los profesionales del derecho a resolver casos complejos y a aplicar el derecho de manera coherente y justa.

IV. RAMAS DEL DERECHO.

IV.1. Concepto

El Derecho Positivo, como sistema normativo, se organiza en distintas ramas que facilitan su estudio, análisis académico y aplicación jurisdiccional. Aunque esta división no es científicamente perfecta, tampoco implica una independencia absoluta entre las ramas, ya que existe una unidad e interdependencia entre ellas.

Las dos grandes categorías en las que se divide el Derecho Positivo son el derecho público y el derecho privado.

El Derecho Público se caracteriza por el ejercicio del poder del Estado, regulando la organización y actividad de este y otros entes públicos, así como sus relaciones con los particulares. En estas relaciones, se observa una situación de desigualdad, con el órgano público poseyendo imperium sobre el simple particular. Por otro lado, en el Derecho Privado, las intervenciones son iguales jurídicamente, sin relaciones de subordinación, y regula las interacciones entre particulares, basándose en el principio de libertad para pactar.

El Derecho Público busca proteger el interés general, mientras que el Derecho Privado se orienta al interés particular. Entre las ramas del Derecho Público se encuentran el Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Derecho Penal y Derecho Eclesiástico. Por su parte, el Derecho Privado abarca el Derecho Civil, Comercial, Agrario e Internacional Privado, y aunque el Derecho Laboral se sitúa en el ámbito privado, su presencia de normas de "orden público" le confiere características distintivas.

El derecho procesal, o derecho de formas, no se clasifica en esta división, ya que acompaña los caracteres específicos de su área de regulación según se relacione con el derecho público o privado.

El dinamismo inherente al derecho, en constante evolución, lleva a que estas ramas se bifurquen en especializaciones o den origen a nuevas disciplinas. A lo largo del tiempo, el Derecho Ambiental, Derecho de los Consumidores, Derecho Informático, Derecho de la Igualdad de Género y otras disciplinas han surgido como especializaciones dentro del Derecho Positivo, reflejando la evolución de la sociedad y la necesidad de normativas específicas para nuevos ámbitos.

GUIA DE PREGUNTAS:

UNIDAD 2 CONCEPTO, FUENTES Y RAMAS DEL DERECHO.

CONCEPTO, FUENTES Y RAMAS DEL DERECHO.

Concepto de derecho. Principales corrientes del pensamiento jurídico.

Fuentes: Ley, costumbre, jurisprudencia, y doctrina.

Divisiones del Derecho.

PREGUNTAS:

1. Explique por qué resulta tan difícil definir que es el derecho.
2. Presente y explique la teoría IUSNATURALISTA sobre el Concepto de Derecho. Identifique las principales corrientes del iusnaturalismo.
3. Presente y explique la teoría POSITIVISTA sobre el Concepto de Derecho. Identifique las principales corrientes del positivismo.
4. Que significa la positivización del naturalismo.
5. Explique la definición del concepto de derecho que presenta la cátedra.
6. Explique el concepto de "fuentes del derecho" y sus principales clasificaciones.
7. La ley. Definición, clasificaciones, caracteres.
8. La costumbre. Definición, elementos, tipos, recepción legal.
9. La jurisprudencia y la doctrina. Concepto.
10. Ramas del derecho. Concepto. Derecho público y privado. Principales ramas.