

"La creación del derecho"

Trabajo enviado por: Sergio verón casazza alfieri@prodigy.net.mx veroncasazza@yahoo.com México

Índice 1. Introducción 2. Clasificación de las leyes 3. Ramas del derecho privado, público y social 4. Clasificación de las fuentes del derecho 5. Clasificación de las fuentes según su fuerza jurídica 6. Bibliografía

1. Introducción

En las sociedades conviven sistemas normativos, es decir, distintos ordenamientos de la conducta humana. Entre éstos encontramos a la moral, los convencionalismos sociales, las religiones y por supuesto, al derecho. Todos estos prescriben conductas.

La efectiva manera de distinguir un sistema normativo como el derecho de aquellos otros con los que convive, depende en principio, de la forma específica en como asegura su cumplimiento.

Las normas de derecho se distinguen, también por su manera de conformarse, es decir, de formalizar y con ello incorporar o desincorporar sus contenidos normativos. Éstas se formalizan por una serie de procesos o actos determinados expresamente en cada sistema de derecho positivo en las llamadas normas sobre producción jurídica.

La identificación de las normas que constituyen el derecho requiere, de un proceso formal por el que la autoridad signa ciertas normas o prescripciones de conducta catalogándolas como jurídicas.

La creación del derecho aparece como un fenómeno complejo y dinámico que incorpora, desincorpora o renueva valores, principios, creencias, aspiraciones, necesidades u otros criterios y normas jurídicas.

El derecho se concibe no como algo dado, ni como el resultado o la invención de un solo hombre ni de una sociedad, de un solo momento histórico o de un solo proceso legislativo o jurisprudencial, es la obra de creación permanente que se realiza por un complejo entramado de actos y procesos complementarios que tienen verificativo en un contexto histórico, político y social determinado.

Se conoce a los procedimientos y actos de identificación o formalización - validación de las normas jurídicas con el nombre de fuentes formales. Los contenidos normativos que se incorporan al sistema jurídico se denominan fuentes materiales o reales del derecho. A los documentos o textos de derecho positivo no vigente que sirven de inspiración o antecedente para la formalización del derecho, se les denomina fuentes históricas.

El objetivo de las fuentes formales del derecho, era establecer con claridad los procesos artificiales de elaboración del derecho, ya que su origen natural se hallaba en el espíritu de los pueblos.

La elaboración de normas jurídicas corre a cargo tanto de la autoridad (a través de sus órganos legislativos, ejecutivos o judiciales) como de los particulares (a través de la costumbre jurídica o sus contratos privados). Dichas normas jurídicas según sean sus fuentes, adquieren la forma de ley, jurisprudencia, costumbre jurídica o normas jurídicas individualizadas.

El producto individual de la legislación es la ley: por tal se entiende a la norma jurídica que, con carácter general y obligatorio, resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto.

La ley normalmente está o debería estar dotada de abstracción, generalidad, obligatoriedad y coercibilidad.

2. Clasificación de las leyes

Contenido: positivas (autorizan o facultan), negativas (prohíben), interpretativas (desentrañan el sentido de otra ley), supletorias (llenan una laguna legal), taxativas (son irrenunciables), dispositivas (son renunciables).

Sistema al que pertenecen: nacionales, extranjeras.

Ámbito espacial de validez: generales (rigen en todo un estado), locales (rigen sólo en parte del territorio estatal).

Ámbito temporal de validez: vigencia determinada (el legislador especificó su fecha de derogación), vigencia indeterminada.

Sanciones que aplican: perfectas (prevén la inexistencia o nulidad del acto), imperfectas (no prevén ninguna sanción), más que perfectas (prevén sanción e indemnización), menos que perfectas (prevén sanción pero el acto produce sus efectos).

Jerarquía: constitucionales (pertenecen a la ley de máximo estatus), ordinarias (derivan de las constitucionales), reglamentarias (detallan la aplicación de las ordinarias).

Por el tipo de relaciones jurídicas sobre las cuales rige, el derecho positivo se ha dividido tradicionalmente en dos grandes ámbitos, el derecho público (cuando se ocupa de asuntos cuyo interés atiende a la conservación de la cosa pública o cuando da origen a relaciones de supra a subordinación entre autoridades y gobernados o cuando todos los sujetos son autoridades. El derecho privado (cuando atiende a un interés privado o particular o cuando el tipo de relación jurídica a que dan origen es de coordinación, como en las relaciones entre particulares o de éstos con el estado. A últimas fechas se ha considerado como una tercera gran rama del derecho al área social (contemplanía aquellas materias encargadas de regular las relaciones de los distintos agrupamientos de personas que desempeñan un papel importante dentro de la vida del estado, como empresarios, trabajadores y campesinos, entre otros.

3. Ramas del derecho privado, público y social

Derecho privado: derecho civil, derecho mercantil, derecho internacional privado, derecho marítimo, derecho bancario, derecho bursátil.

Derecho público: derecho constitucional, derecho penal, derecho administrativo, derecho procesal, derecho internacional público, derecho financiero, derecho aéreo.

Derecho social: derecho del trabajo, derecho agrario, derecho de la seguridad social, derecho económico, derecho turístico, derecho ecológico.

La costumbre, se define como la conducta o conductas sociales repetidas en el tiempo sobre las que existe consenso respecto a su carácter obligatorio.

Los tratados internacionales son una de las fuentes formales más importantes, equiparable a la ley producida al interior de un sistema jurídico de derecho positivo. Los tratados son los acuerdos internacionales que celebran dos o más estados u otras personas internacionales, de los que se derivan derechos y obligaciones.

Por fuentes formales indirectas, estamos hablando de procedimientos de formalización del derecho cuya función creadora es indirecta, por coadyuvar en la formulación de las normas jurídicas orientando, interpretando e integrando.

La jurisprudencia es la principal fuente formal indirecta del derecho. Consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales. (cumple una doble función, porque a más de generar normas jurídicas en sentido estricto, realiza un fin principal: ser coadyuvante tanto de la formación de las normas jurídicas como de su aplicación por parte de los mismos jueces, los profesionales del derecho y los particulares).

Los principios generales del derecho son el conjunto de criterios orientadores insertos en todo sistema jurídico, cuyo objeto es suplir las insuficiencias o ausencias de la ley u otras fuentes formales.

La doctrina es la fuente formal indirecta del derecho consistente en los estudios, análisis y crítica que, con carácter científico, llevan a cabo los juristas.

La ley fundamental que especifica el orden, jerarquía y singularidades de los sistemas de derecho positivo modernos es la constitución.

La constitución se manifiesta como una institución eminentemente política antes que jurídica, pues ahí se establecen los aspectos fundamentales relativos al origen, depósito, adquisición, ejercicio y traspaso del poder político. Ésta es emitida o promulgada por un poder legislativo especial denominado constituyente originario, que es diferente del poder legislativo ordinario.

La constitución se estructura tradicionalmente en dos partes: la primera dogmática (contiene los derechos fundamentales de la persona humana frente al estado). La segunda llamada orgánica (establece la división de poderes del estado en cuestión, los órganos que los ejercen y sus facultades).

Clasificación de las constituciones: flexibles, rígidas, escritas y consuetudinarias.

"las fuentes formales en el derecho mexicano"

El derecho mexicano es un sistema de derecho escrito de origen iusromanista, que refleja la influencia del posterior derecho europeo y norteamericano.

Su fuente formal de normas jurídicas más importante es la legislación, y su ley fundamental es la constitución federal.

La actual constitución política de los estados unidos mexicanos fue promulgada el 5 de febrero de 1917, la cual se denota por su singular acento social reflejado en las denominadas garantías sociales.

La parte dogmática de la constitución mexicana vigente formada, por sus primeros 28 artículos que contemplan a las denominadas garantías individuales.

La parte orgánica de la constitución regula aspectos referidos a la nacionalidad, prerrogativas y obligaciones exclusivas de los mexicanos y prevenciones generales como el principio de supremacía constitucional y el no-depósito de dos poderes en una sola persona, el proceso de creación de las leyes y todo lo relativo a los aspectos esenciales de la organización política del estado mexicano. (la soberanía nacional reside esencial y originariamente

en el pueblo).

El estado mexicano es una república representativa, democrática y federal, cuya sede es el distrito federal ó ciudad de México, en la que impera el principio de la división de poderes.

Poder ejecutivo: depositado federalmente en el presidente de la república y localmente en el gobernador del estado.

Poder legislativo: integrado por el congreso de la unión, que a su vez se compone de las cámaras de diputados y senadores, y por la legislatura de cada estado, integrada por su cámara de diputados.

Poder judicial: que a nivel federal se constituye por la suprema corte de justicia de la nación, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito y el consejo de la judicatura: localmente el poder judicial se integra por un tribunal superior de justicia y los tribunales de primera instancia en sus respectivas materias.

La principal fuente de normas jurídicas en el sistema de derecho mexicano es la legislación.

El proceso legislativo mexicano consta de seis etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

El orden jerárquico de las leyes mexicanas lo establece el artículo 133 constitucional y es el siguiente: la constitución, leyes federales y los tratados internacionales, la legislación estatal y la que rige en el distrito federal y las zonas federales, la constitución local, leyes ordinarias, leyes reglamentarias, leyes municipales, normas jurídicas individualizadas, leyes ordinarias, leyes reglamentarias, normas jurídicas individualizadas.

En el derecho mexicano la costumbre es fuente formal supletoria y delegada en materia civil, así como en otras materias a excepción de la penal.

La jurisprudencia en el derecho positivo mexicano se entiende por el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentra en las sentencias o fallos de ciertos jueces o tribunales. La principal fuente indirecta al coadyuvar en la interpretación o integración de la ley; además posee carácter obligatorio.

Establecen jurisprudencia: el pleno de la suprema corte de justicia de la nación. Ésta se publica en el semanario judicial de la federación.

Los principios generales del derecho son fuente formal del derecho mexicano. Estos principios no generan normas jurídicas, sino que actúan como criterios paradigmáticos de experiencia jurídica con fuerza orientadora o inspiradora (axiológica).

En el derecho mexicano los contratos, los testamentos o las resoluciones judiciales y administrativas son fuente primordial de normas jurídicas, pero con carácter individualizado.

"el concepto de fuentes del derecho. La naturaleza política del sistema de fuentes"

Uno de los dogmas del positivismo más asentados en nuestra cultura jurídica es que el derecho es un conjunto de normas sistematizadas u ordenadas en un todo unitario.

En la actualidad, el debate sobre las fuentes se ha avivado con particular fuerza debido, sobre todo, a las severas reformas institucionales que se vienen operando en el seno de los derechos nacionales por la incidencia de los elementos internos al propio ámbito estatal como de elementos externos al mismo.

Son fuentes del derecho los actos normativos; esto es, los actos a los que el ordenamiento atribuye capacidad para crear disposiciones o normas jurídicas. Con esta definición de fuentes del derecho no quiere sugerirse que todas las normas que merecen el calificativo de jurídicas hayan de proceder necesariamente de una fuente en el sentido indicado.

Aunque la concepción gradualista del ordenamiento (concepto de fuente) no contenga un catálogo exhaustivo de sus fuentes, en el seno de la teoría y de la ciencia jurídica se consideran incuestionablemente fuentes del derecho a la constitución, la ley (o más exactamente, todas las normas con rango de ley y los tratados internacionales) y el reglamento, mientras que no se tienen por tales los contratos, las sentencias y los actos administrativos.

Esta concepción maneja los siguientes criterios:

Criterio sustantivo: lo que permite distinguir una fuente del derecho es el carácter general y abstracto de las reglas producidas, por contraposición al carácter particular y concreto de los actos normativos que no lo son.

Criterio de la eficacia: atiende no al contenido de los actos - fuentes, sino a la extensión de sus efectos.

Criterio de las normas utilizadas por el juez: consiste en atribuir tal carácter a todas las normas utilizadas por el juez en la resolución de los casos que se le presentan y que, en la medida en que son los parámetros para juzgar, nunca pueden ser objeto de litigio.

Criterio de la integración política: consiste en definir las como procesos de integración política en el seno del proceso más amplio de unidad política y jurídica que desarrolla la constitución.

Criterio formal: concibe el sistema de fuentes como un conjunto de normas de distinto grado, de modo tal que las normas situadas en un determinado grado operan como factores de justificación de las normas situadas en el grado inferior pero al mismo tiempo, se conciben como instrumento de actuación y especificación de las normas situadas

en el grado superior.

Con relación a la identificación de las fuentes, la construcción gradualista del ordenamiento jurídico no puede ser más destructiva, pues al concebir todo acto jurídico como creación y aplicación del derecho al mismo tiempo, hace imposible la distinción entre lo que son fuentes y lo que no lo son.

La categoría de fuentes del derecho ha de servir aún para ayudar a comprender mejor el ordenamiento, y en este sentido tiene valor instrumental para la ciencia y la teoría del derecho. Para la ciencia del derecho porque permite agrupar los distintos actos normativos en función de sus rasgos comunes y para la teoría jurídica porque al clarificar los distintos elementos que constituyen la normatividad ayuda a una mejor comprensión del derecho en su conjunto.

4. Clasificación de las fuentes del derecho

Fuentes - acto y fuentes de hecho: hacen referencia a la producción normativa que resulta de la elaboración de disposiciones destinadas específicamente a ser observadas por sus destinatarios.

Cuando por el contrario, la producción de normas consiste en constatar determinados modelos de comportamiento se habla de fuentes de hecho.

Fuentes escritas y fuentes no escritas: la distinción se establece aquí exclusivamente en virtud del rasgo formal de estar o no expresadas por escrito.

Fuentes legales y fuentes "extra ordinem": se basa en la circunstancia de que las fuentes del derecho no siempre vienen reguladas por normas sobre la producción jurídica, sino que, en ciertos casos, el fundamento de una fuente hay que buscarlo fuera del sistema jurídico.

5. Clasificación de las fuentes según su fuerza jurídica

Fuentes constitucionales: ostentan un grado superior al de cualquier otra fuente y no pueden, por tanto, ser válidamente contradichas por ninguna.

Fuentes primarias: su validez sólo está sometida a lo establecido por las fuentes constitucionales.

Fuentes secundarias: son aquellas subordinadas no sólo a las fuentes constitucionales sino también a las primarias

Fuentes terciarias: están subordinadas a las fuentes constitucionales y a la primarias, además deben respetar lo establecido por las fuentes secundarias.

El fundamento de la validez del sistema en su conjunto depende de la existencia de unos poderes materiales anteriores a los formalmente constituidos; por consiguiente, del modo en que tales poderes se articulen dependerá que estemos ante un tipo de ordenamiento u otro. Se pone así de manifiesto la estrecha relación existente entre la forma de organización de la fuerza política y la forma de organización de la fuerza jurídica.

Es innegable la estrecha relación existente entre sistema de fuentes por un lado y forma de estado y de gobierno por otro, en la determinación del sistema de fuentes inciden una serie de factores ajenos a esa relación; se trata de elementos puramente técnicos, en el sentido de que son independientes de la estructura política determinada por las formas de estado y de gobierno, que quiebran la correlación estricta entre estas y el sistema de fuentes.

6. Bibliografía

-Álvarez ledesma mario.teoría general del derecho y notas de derecho positivo mexicano. Edit. Mc grow hill. -Gascón mariana; et al. Lecciones de teoría del derecho. Edit. Mc grow hill.