

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARTILLA

SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ

Profesor Titular

BOGOTÁ 2022

1. NOCIÓN DE FUENTE DEL DERECHO

El vocablo procede del latín *fons, fontis* que tiene al menos dos significados: a) El lugar donde fluye un líquido; b) El principio, la causa u origen de una cosa. Como es lógico, es el segundo significado el que interesa a la ciencia jurídica. La noción de fuente del derecho implica lo siguiente:

- El origen del derecho. Las causas que lo originaron y originan
- La manifestación del derecho. Es decir, su expresión concreta y visible
- La autoridad de la que emana. Ya sea el legislador, las cortes, el ejecutivo o la propia comunidad como en el caso de la costumbre jurídica
- El fundamento de validez. Se refiere a si cumple con los procedimientos de elaboración

En sentido general, la fuente última o suprema del derecho está constituida por la vida en sociedad: el derecho es un producto social dado que proviene de las relaciones humanas, y también de las relaciones de humanos con no humanos, lo que exige que la conducta del hombre se sujete a ciertas reglas de observancia para la convivencia social y el respeto de los grandes valores y principios de la vida.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Un primer criterio es clasificarlas como fuentes de producción y fuentes de conocimiento; desde otro punto de vista, se clasifican en fuentes históricas, fuentes materiales y fuentes formales. A continuación, se estudiará cada uno de ellos.

1.1. Primer criterio

1.1.1. Fuentes de producción

Por fuente, se considera la VOLUNTAD que dicta o elabora el derecho, es decir, los sujetos u órganos facultados para establecer la norma jurídica. Como ejemplos se pueden citar como fuentes a una asamblea nacional constituyente, el Congreso de la República, el Presidente de la República, entre otros.

1.1.2. Fuentes de conocimiento

Se refiere a los DOCUMENTOS que captan la existencia y contenido de las normas jurídicas como forma de expresión de la voluntad de la fuente de producción. Son ejemplos, el texto de la constitución política, la ley, el acto legislativo, el decreto, el tratado internacional, etc. Las fuentes de conocimiento se clasifican a su vez en directas e indirectas, principales y auxiliares y en escritas y no escritas, como se expone a continuación:

- a) *Directas e indirectas*. Las primeras manifiestan por sí mismo el derecho, mientras que las segundas contribuyen a esclarecer o determinar el significado o contenido de las primeras. Por ejemplo, los principios generales del derecho procesal ayudan a los jueces a interpretar los pasajes oscuros de la ley procesal (CGP. art. 11).
- b) *Principales y auxiliares*. Aquellas tienen por sí mismas fuerza vinculante, mientras que éstas derivan su fuerza vinculante por REMISIÓN de la fuente principal. Un ejemplo sería lo establecido en el art. 230 de la Constitución Política, en donde se reconoce el criterio auxiliar de la doctrina, la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho.
- c) *Escritas y no escritas*. Las escritas son consagradas expresamente mediante el proceso legislativo o administrativo (por ejemplo la ley, el acto administrativo); las no escritas son preceptos tácitos o no expresos como acontece con la costumbre jurídica. A propósito de la costumbre, ULPiano famoso jurista romano señaló lo siguiente: “*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*” (las costumbres morales son un acuerdo tácito del pueblo arraigado tras una larga práctica).

COMENTARIO. Esta primera clasificación de tradición iuspositivista, tiene el inconveniente en que centra su estudio en la producción y manifestación de la NORMA JURÍDICA POSITIVA, siendo que existen otras fuentes del derecho que no se asimilan a ella, como por ejemplo, la jurisprudencia, la doctrina jurídica o los principios generales del derecho.

1.2. Segundo criterio

Frente a lo anterior, la segunda clasificación es muy útil pues complementa e incluye diversas fuentes del derecho, como se analiza enseguida.

1.2.1. Fuentes históricas

Son documentos de carácter histórico que contienen el texto de una ley o un conjunto de disposiciones jurídicas y que han servido o sirven de referente e inspiración para la elaboración del derecho. Por ejemplo, el código de Hammurabi, la ley de las 12 tablas, el Digesto o pandectas, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, etc.

1.2.2. Fuentes materiales

Se refiere a los factores, hechos y condiciones sociales que determinan la necesidad y el contenido del derecho. Como se indicó, el derecho es un producto de la vida en sociedad y en ese sentido, las fuentes materiales sirven de base y justificación para la elaboración del precepto jurídico en una época determinada.

De manera más detallada, los hechos y condiciones de la vida social se pueden catalogar como factores económicos, políticos, culturales y morales-religiosos, de la siguiente manera:

- *Factores económicos.* La manera como se realiza la producción, distribución y consumo de lo necesario para la vida determina si una sociedad depende de la agricultura, la ganadería, la minería, el comercio o la industria, y este hecho determina la legislación que se necesita. El peso de la economía ha llevado a algunas ideologías como el marxismo a considerar que el factor económico es el más importante dentro de la sociedad (infraestructura) del cual dependía todo lo demás como la política, el derecho y el arte (superestructura). De otro lado, el avance tecnológico causa innovaciones que el derecho debe ir considerando para adaptarse al cambio y dejar atrás lo obsoleto. Algunos ejemplos son la aparición de los contratos innominados (*leasing, outsourcing, joint venture*, cuentas en participación, *factoring*, etc.) o lo relacionado con el comercio electrónico, el *habeas data* y los derechos informáticos.
- *Factores políticos e ideológicos.* Las concepciones sobre el Estado, la organización política y el gobierno determinan fenómenos políticos que afectan la generación del derecho; no en vano, se argumenta que el objeto del derecho constitucional no es sino el “encuadramiento jurídico de fenómenos políticos” (Mesa, 2003). A manera de ejemplo, algunos fenómenos políticos determinantes para el derecho en la historia han sido: la revuelta plebeya a comienzos de la República romana (estableció los *concilia plebis*, los tribunos y generó la ley de las 12 tablas), los acuerdos entre el señor y sus vasallos durante la Edad Media (materializados en los contratos de vasallaje y

fundamento del feudalismo medioeval), la Gloriosa Revolución Inglesa de 1688 (consolidó el parlamentarismo, se inició la división de poderes y las cartas de derechos humanos con la *Bill of rights*), la independencia de los Estados Unidos de América a partir de 1776 (origen del sistema presidencial y la declaración de Virginia), la Revolución Francesa de 1789 (con su declaración de derechos del hombre y el cambio hacia el régimen republicano), la independencia de Colombia entre 1810 y 1819 (instauró una nueva República), el movimiento universitario y de ciudadanos que originaron la Constitución de 1991, entre muchos otros.

- *Factores culturales.* El cambio de valores y de costumbres repercuten en la cultura de un pueblo generando tensiones entre los valores tradicionales con otros más modernos o contemporáneos lo cual exige una revisión de las fuentes formales del derecho para que las nuevas prácticas, reivindicaciones y derechos se regulen jurídicamente de manera adecuada. Aspectos tales como la regulación de uniones de parejas de mismo sexo, la eutanasia, el aborto y la dosis personal son ejemplos típicos de esta tendencia, por no hablar de lo relacionado con los derechos de las minorías étnicas, los animales y el medio ambiente; en el campo del derecho penal se observa el abandono de ciertos tipos penales anticuados u obsoletos (como el estupro o el adulterio) y la aparición de nuevas conductas ilícitas como el fraude informático o el feminicidio).
- *Factores morales y religiosos.* El derecho se sostiene sobre ciertos valores y principios de orden ético y moral altamente valorados por ser buenos en sí mismos (a la manera de imperativos categóricos), que muchas veces van de la mano con creencias trascendentes y organizaciones religiosas. De esta manera, cambios en concepciones morales y religiosas han marcado transformaciones en el derecho como ocurrió con el advenimiento del cristianismo en la antigüedad, el renacimiento y la reforma protestante, la ilustración y la separación entre el Estado y la iglesia.

COMENTARIO. Las fuentes materiales también son conocidas como “fuentes reales”; sin embargo, este vocablo dentro del lenguaje jurídico puede llevar a equívocos debido a que el término “real” se utiliza para hacer referencia a instituciones jurídicas relacionadas con cosas muebles o inmuebles como por ejemplo, “derecho real” o “fuero real”, mientras que en el caso de fuente de derecho, el acento se coloca en las relaciones sociales y no tanto en la relación con la “cosa”.

1.2.3. Fuentes formales

Son las diversas maneras o formas como el derecho se manifiesta o expresa dentro de la sociedad; así para PLANIOL son las diferentes formas por medio de las cuales se establecen las reglas jurídicas y según GARCÍA MAYNEZ son procesos de creación de las normas jurídicas vinculantes; el proceso implica una sucesión de momentos, por lo que cada fuente formal estaría constituida por una serie de etapas ordenadas que deben cumplir determinados supuestos. Por ejemplo, la costumbre jurídica debe cumplir con los requisitos de ser una práctica uniforme, repetitiva y antigua (*inveterada consuetudo*) y además, generar aceptación y cumplimiento entre los sujetos que la reconocen (*opinio iuris*).

Pese al desacuerdo sobre la clasificación de las fuentes formales, los doctrinantes han identificado las siguientes: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad.

Ahora bien, las fuentes formales suelen clasificarse según el criterio que tengan los diferentes tratadistas, dentro de los cuales destacamos a dos de ellos. Así, para el tratadista mexicano GARCÍA MAYNEZ se consideran tres tipos de fuentes formales:

- 1º) La legislación. No se refiere a la ley a secas pues según el autor, la ley no es fuente sino producto o resultado de la actividad legislativa.
- 2º) La costumbre.
- 3º) La jurisprudencia (García Maynez, 2002).

COMENTARIOS. Para el autor la doctrina, al ser una actividad especulativa de particulares no puede tener fuerza vinculante, salvo que una norma legal le otorgue tal carácter. Ahora bien, respecto de la legislación como fuente de derecho, no deja de causar cierta resistencia dado que si observamos detenidamente el proceso legislativo (iniciativa, debates, aprobación, sanción y promulgación), la ley aparece con la sanción y sólo se torna obligatoria y cobra vigencia con la promulgación, por lo que necesariamente la fuente es el producto de la actividad legislativa, no la actividad legislativa en sí misma.

Por su parte, NOGUERA LABORDE clasifica las fuentes formales en orden de importancia, del siguiente modo:

- 1º) La ley

- 2º) La costumbre
- 3º) La jurisprudencia
- 4º) Los actos y negocios jurídicos
- 5º) Los tratados internacionales (Noguera Laborde, 1996)

COMENTARIOS. Igual que para GARCÍA MAYNEZ, en esta tipología la doctrina no es fuente formal pero por razones un tanto diferentes; básicamente porque los tratadistas y académicos del derecho no están revestidos de poder alguno para crear reglas de derecho, aunque se reconoce el hecho que sus escritos pueden tener influencia en la producción de otras fuentes. Por otro lado, se destaca el hecho de incluir en la clasificación a los actos y negocios jurídicos, pues como se sabe los contratos son ley para las partes y fuente de las obligaciones (arts. 1494 y 1602 del Código Civil colombiano). En cuanto a los tratados internacionales, estos se incorporan al derecho interno mediante una ley de la república (C.P. arts. 93 y 150, núm. 16 y 224), por lo que ya quedarían incluidos en el primer ordinal de su clasificación.

Teniendo en cuenta las anteriores aproximaciones, se puede ofrecer la siguiente clasificación de las fuentes formales:

Tabla 1
Clasificación de las fuentes formales del derecho

TIPO DE FUENTE	LA FUENTE	FUNDAMENTO
FUENTES PRINCIPALES O INMEDIATAS	1. La ley	Para los sistemas del <i>Civil Law</i> . Constitución Política -C.P.-, art. 230; Sentencia C-486/1993.
	2. La costumbre	En sistemas del <i>Common law</i> y comunidades indígenas. C.P. art. 246, Ley 153/1887 arts. 4º y 8º, Sentencias C-224/1994. C-083/1995
FUENTES AUXILIARES O MEDIATAS	3. La jurisprudencia	C.P. art. 230, Ley 153/1887, art. 10; Sentencias C-083/1995, C-047/1997 y C-104/1993

	4. La doctrina	C.P. Art. 230; Código Civil Colombiano -C.C.-, art. 26
	5. Los principios generales del Derecho	C.P. art. 230; Ley 153/1887 art. 8°
	6. La doctrina constitucional	Ley 153/1887 arts. 4°, 5° y 8°.
	7. La equidad	C.P. art. 230; Ley 153/1887 art. 5°, CGP art. 43, núm. 1; C. C. art. 32.

Fuente: Elaboración propia

3. LA LEY

Es la más importante de las fuentes formales para los países de tradición jurídica del *civil law* o derecho romano escrito, especialmente desde el siglo XVIII cuando se impone el derecho escrito con la expedición de importantes textos jurídicos como la La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776) y su Constitución escrita de 1787, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en Francia en 1789 y su Constitución de 1791 y el Código Civil napoleónico de 1804. También contribuyeron los países latinoamericanos con una profusión de constituciones escritas, a partir de 1810.

1.3. Origen etimológico

El vocablo ley proviene del latín *lex* y son variados los significados atribuidos a este término. Según CICERÓN proviene de *legere* (leer), haciendo referencia a un precepto escrito hecho para que se conozca por todos; para SAN AGUSTÍN, proviene de *diligere* (elegir) que significa elegir el camino y para SANTO TOMÁS DE AQUINO, *lex* deriva de *ligare* (ligar, atar, obligar), dado que la ley somete a quien deba obedecerla (Noguera Laborde, 1996).

1.4. Origen y evolución de la ley

Históricamente las costumbres y usos fueron anteriores a las normas escritas como fuente para el derecho, no solamente porque la escritura es un hecho relativamente reciente dentro de la historia de la humanidad (si consideramos que el primer ejemplar de la especie humana *homo sapiens*, apareció hace unos 200.000 años, en tanto que la escritura lo hizo hace unos 5.000 aproximadamente); además de este hecho, al parecer no fue fácil convencer a los gobernantes que escribieran o establecieran por escrito la norma, pues ello hacía parte de su poder arbitrario y oculto (*arcana imperii*).

En primer lugar, el derecho se independizó de la religión y la moral (aunque todavía en algunos lugares no lo ha hecho), pero siguió siendo derecho consuetudinario; el derecho se manifestó primero mediante sentencias y la jurisprudencia, y luego aparecieron las primeras normas escritas como las Leyes de Eshnunna (siglo XX a. C), el Código de Hammurabi (1.760 a.C.) o la Ley de las 12 Tablas (hacia el 450 a.C), propuesta por uno de los tribunos de la plebe en Roma y redactada por los *Decemviri*.

Una de las grandes fuentes históricas del derecho escrito lo constituye el *Corpus Iuris Civilis*, compilado hacia el año 529 d.C. por voluntad de Justiniano, emperador del Imperio de Oriente en Bizancio (para ese momento Roma ya había caído y la idea fue recopilar y preservar el derecho romano); dentro de esta obra se encuentra el Código, el Digesto o Pandectas, las Novelas y las Institutas.

Durante la alta Edad Media europea, el derecho escrito sufre una decaída debido al predominio de pueblos seminómadas y guerreros como fueron los germanos, los francos, los godos, ostrogodos, normandos y vikingos, basados en el derecho consuetudinario, el cual se transmitía oralmente a través de versos y ciertos cánticos. Sin embargo, esta situación cambió durante la baja Edad Media cuando estos pueblos se cristianizaron, formaron reinos estables y aparecieron las *Schollas* o primeras universidades hacia el siglo XI d.C. dando inicio a los estudios jurídicos.

Como formas de derecho escrito en la baja Edad Media podemos mencionar: a) las Cartas que establecían los derechos entre el señor y los súbditos (una famosa, la Carta Magna en 1215); b) las Constituciones, que eran un tipo de decreto emanado del Papa, como por ejemplo la *Clementina Saepe* en 1306 del Papa Clemente V, en la que se dispensaba de los trámites del proceso ordinario, dando origen al proceso sumario; c) las Cartas de fueros de ciudades,

especie de constituciones otorgadas por el Papa o el Emperador, que reconocían cierta autonomía a las ciudades de mercaderes y d) los contratos de vasallaje que sostenía el sistema feudal de títulos de nobleza.

El hecho es que poco a poco se va descubriendo el derecho escrito romano; al parecer, fue en Pisa (Italia) donde se encontraron las Pandectas o Digesto en el siglo XI d.C. e inmediatamente aparecieron los glosadores (por ejemplo, Inerius y Acursius) quienes difundieron y adaptaron el derecho a la nueva realidad. En España, se pueden mencionar las Siete Partidas del rey Alfonso X “El Sabio” (1256-1263) que establecen regulaciones en derecho civil y canónico; en Francia el derecho escrito aparece al sur (*pays de droit écrit*); en Alemania, con una fuerte tradición oral del derecho germánico poco a poco se va incorporando el derecho escrito durante los siglos XV y XVI; todo este movimiento es conocido como “recepción del derecho romano”, proceso que no fue adoptado en las islas británicas (quizá por su condición de aislamiento y particularidad), en donde siguieron con su derecho consuetudinario, dando lugar posteriormente, a lo que se conoce como sistema del *common law*.

Más tarde, con la formación del Estado moderno caracterizado por su centralismo y unidad frente a la dispersión y fragmentación feudal, se favoreció la aplicación de la ley escrita debido a que se requerían estatutos o leyes generales en lugar de disposiciones particulares; en ese contexto, durante los siglos XVII y XVIII se expiden en Francia las Ordenanzas de los reyes Luis XIV y Luis XV como una forma de afirmar el derecho escrito sobre el consuetudinario; durante el siglo XVIII aparecen en Alemania los códigos Prusiano y Bávaro.

Con la ILUSTRACIÓN se genera un proceso de racionalización y abstracción lo que implica que el derecho sea pensado de manera general y abstracta para toda una sociedad y además, que genere SEGURIDAD JURÍDICA respecto a los derechos y obligaciones correlativos entre los particulares y entre éstos y el Estado. Se consideró que el derecho consuetudinario carecía de una formulación específica y era lento frente a las transformaciones sociales; por contra, el derecho escrito era más adaptable a la vida moderna caracterizada por cambios rápidos y situaciones complejas. En todo este proceso, deben considerarse también los cambios políticos y sociales señalados cuando nos referimos a las fuentes materiales del derecho, en este caso, el surgimiento del Estado de derecho, el parlamentarismo, el

presidencialismo y la división del poder público en tres ramas, una de ellas especializada en la producción de la ley.

De esta manera, el derecho escrito se impone en occidente y la ley aparece como la máxima expresión de derecho a tal punto de confundir la ley con el derecho. El hito histórico fue el Código Civil de Napoleón (1804) que compiló normas dispersas y se impuso a la costumbre; a partir de entonces y durante un gran tiempo se señalaba que: “No se estudia derecho, se estudia la ley”.

1.5. Implicaciones de la ley como fuente formal

En primer lugar se debe comprender que cuando se refiere a la ley como fuente formal del derecho, no se limita únicamente a la norma elaborada por el legislativo, pues tiene un sentido más amplio que comprende a la Constitución, la ley propiamente dicha, los decretos con rango de ley (en nuestro caso los decretos ley y los decretos legislativos del Presidente de la República), los decretos reglamentarios o ejecutivos y demás actos administrativos de carácter general. De esta manera, la ley como fuente formal del derecho puede ser entendida en un sentido lato como “normatividad”

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la fuente primera del derecho es la Constitución Política (art. 4°), *norma normarum* o ley de leyes, debido a su carácter de ley fundamental y al principio de primacía. Hoy por hoy asistimos a un proceso de CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO, en el cual la Constitución, sus valores, principios y su carta de derechos han adquirido mucha importancia desde mediados del Siglo XX por motivos tales como:

- a) La desconfianza en el poder legislativo, por su carácter caprichoso, que puede cambiar leyes y derechos a discreción con tal de llevar a delante su proyecto político, tal como ocurrió con el nazismo y el fascismo en Europa.
- b) Desconfianza en el poder ejecutivo, por las razones anteriores. La idea entonces es sustraer los derechos fundamentales del debate político-electoral, en el cual las mayorías pueden imponer cargas insoportables a las minorías.
- c) La necesidad de contar con un texto jurídico más seguro y estable, difícil de cambiar o sustituir por el constituyente derivado. Se introduce un modelo de rigidez que pretende

preservar la identidad constitucional, señalando materias “intocables” para el reformador, más allá de los aspectos procedimentales. En Colombia la Corte Constitucional ha desarrollado las tesis sobre “sustitución de la constitución”.

- d) Necesidad de articular el sistema internacional de derechos humanos con las constituciones nacionales; esto generó “constituciones abiertas” por expresa remisión del articulado constitucional hacia los tratados internacionales. Esto originó la aparición del llamado “bloque de constitucionalidad”, por un lado, y por el otro, la emergencia del “control de convencionalidad”.
- e) Necesidad de contar con un sistema de control de constitucionalidad especializado y autónomo para la asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, apareciendo así, los tribunales y cortes constitucionales.
- f) Necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, ya mediante acciones o recursos ante los jueces cuando sean amenazados o violados (recurso de amparo, acción de tutela, habeas corpus, acciones populares, acción de cumplimiento, entre otros).

El resultado de todo este proceso es la constitucionalización del derecho (o irrigación del derecho constitucional, como prefieren llamarla algunos), en el cual hay un gran protagonismo de los jueces y cortes (a veces llamado como “activismo judicial”), un fortalecimiento de la jurisdicción y la justicia constitucional y el paso del Estado legislativo (garantía formal de los derechos a través de la ley), al Estado constitucional (garantía material de los derechos aplicando la Constitución).

1.6. Definición de ley

En un sentido material o sustancial, la ley es una norma de carácter general (abstracto e impersonal), vinculante o imperativa que regula o rige aspectos considerados relevantes para la vida en sociedad. Importa aquí, el contenido de la norma, su generalidad y su importancia respecto de los asociados.

Desde un sentido formal, la ley es la norma emanada del órgano legislativo del Estado siguiendo los procedimientos señalados para ello. Desde esta perspectiva, el énfasis se ubica en el órgano que la produce y el procedimiento legislativo para elaborarla y expedirla. Entonces habrá leyes en sentido formal pero que carecen de un contenido material, como sería

el caso de las leyes de honores o conmemorativas al tener un carácter específico; por el contrario, habrá leyes en sentido material, pero no formal, como sería el caso de un decreto legislativo del Presidente o incluso una resolución de un ministerio con alcance y obligatoriedad nacional (por ejemplo, las diferentes resoluciones del Ministerio de Salud que decretaron la Pandemia del COVID-19 y dieron origen al confinamiento y cuarentena durante 2020).

En sentido estrictamente legal, la ley es definida por el Código Civil Colombiano -C.C.- en su art. 4° del siguiente modo:

“DEFINICIÓN DE LEY. Ley es una declaración de la voluntad general soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar”

Esta definición elaborada por don ANDRÉS BELLO, al parecer con inspiración en J.J. ROUSSEAU, integra los elementos tanto materiales como formales del concepto de ley al señalar su carácter general y sus atributos imperativos de mandar, prohibir, permitir y castigar, pero elaborada de acuerdo con el procedimiento formal señalado en la constitución. Al respecto, el artículo 150 de nuestra Constitución Política -C.P.- establece que “Corresponde al Congreso hacer las leyes...” y el art. 157 señala los requisitos generales para que un proyecto se convierta en ley como lo son su publicación, su aprobación en los debates de la respectiva comisión de cada cámara, la aprobación en los debates plenarios de Senado y Cámara de Representantes y la sanción del gobierno. Si bien el Congreso aprueba los proyectos de ley, el gobierno juega un importante rol en su elaboración ya al comienzo (iniciativa), ya al final (sanción) del proceso legislativo.

Para finalizar, hay que decir que en Colombia prevalece el concepto de ley en sentido formal, es decir, ley es la norma jurídica aprobada por el Congreso de la República en sus comisiones y plenarias.

1.7. Características de la ley

Podemos resumir las cualidades o propiedades de la ley de la siguiente manera:

- Es regla social, dado que regula o controla la conducta exterior de las personas

- Es emanada de autoridad pública, en este caso el Congreso de la República como órgano del poder legislativo
- Son obligatorias o vinculantes, esto es una petición de principio: el individuo no está facultado para acatarlas o no (art. 3° Código Civil Colombiano -C.C.-)
- Es sancionada por la fuerza (sanción legal), estableciendo penas, multas, nulidades y recompensas por su no acatamiento o su cumplimiento (art. 6° C.C.)
- Es general, abstracta e impersonal, pues se dirige a regular todas las conductas o situaciones de manera genérica
- Es permanente, significa que está vigente desde su promulgación hasta su derogatoria o inexequibilidad
- Es cierta, no necesita ser acreditada o probada dentro de los procesos judiciales, el juez debe conocerla.
- Se presume conocida, nadie poder alegar su ignorancia como excusa (art. 9° C.C.)

1.8. Formación de la ley

El proceso de creación de las normas jurídicas depende en cada caso del tipo de norma a considerar; así por ejemplo, entratándose de normas constitucionales, la propia Ley Fundamental señala el procedimiento de reforma ya sea que la misma se realice por medio del legislativo, de una Asamblea Constituyente o con la participación del pueblo. Cuando es el Congreso el que realiza la reforma mediante un acto legislativo, el procedimiento suele ser mucho más complejo y dispendioso que cuando se elabora una ley; para el caso de Colombia, se necesitan no cuatro sino ocho debates en periodos legislativos continuos y ordinarios (la doble vuelta), siendo que en el segundo periodo se requiere el voto afirmativo de la mayoría de los miembros de una y otra cámara (art. 375 C.P.). Si la reforma la realiza una asamblea constituyente, el procedimiento de elaboración dependerá de los términos señalados en la ley que se somete a consideración del pueblo para establecer si la convoca o no, y al reglamento que expida dicha asamblea una vez conformada (art. 376 C.P.). El pueblo puede coadyuvar en la formación de la norma jurídica constitucional cuando se someta a referendo derogatorio un acto legislativo del Congreso (art. 377 C.P.) o se someta a referendo aprobatorio un proyecto de reforma (art. 378 C.P.).

Ahora bien, en determinadas circunstancias el poder constituyente primario puede decidir actuar para darse una nueva constitución al considerar la obsolescencia o inconveniencia de la vigente; en estos procesos de establecimiento de una constitución, no existen fórmulas previas para la elaboración de las normas constitucionales y será el reglamento que se establezca en cada caso, el que determinará la forma de presentar, discutir y aprobar las normas constitucionales, como ocurrió en 1991 cuando la Asamblea Nacional Constituyente aprobó su propio reglamento en el cual se consideró un debate en comisión y dos debates en plenaria.

En cuanto elaborar la ley en sentido estricto, se sigue un procedimiento establecido en cada constitución como se señaló anteriormente; para Colombia lo fija el art. 157 de la Carta Política -C.P.- y la Ley Orgánica No. 05 de 1992. En general, la elaboración de la ley consta de cinco (5) etapas o pasos que son: La iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción y la promulgación.

1.8.1. *La iniciativa*

Iniciativa legislativa es la facultad que se tiene para presentar y promover proyectos de ley. La Constitución colombiana establece en sus arts. 154, 155 y 156, los órganos que tienen esta atribución:

- a) Los miembros del Congreso en cualquiera de las cámaras, pero teniendo en consideración dos límites: proyectos de ley en materia tributaria empezarán su trámite en Cámara de Representantes y proyectos de ley sobre relaciones internacionales inician su trámite en Senado.
- b) El Gobierno Nacional por intermedio de los ministros del despacho. Adicionalmente el gobierno tienen INICIATIVA PRIVATIVA, sobre las siguientes materias: i) Las señaladas en los numerales 3, 7, 9, 11, 19 (literales a, b, y e) y 22 del art. 150 de la C.P.; ii) Las que ordenen participaciones o transferencias de rentas nacionales; iii) Las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales y comerciales; iv) Las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.
- c) El pueblo está facultado para tener iniciativa legislativa en los siguientes casos: i) Proyectos de ley o de actos legislativos si apoyan las firmas del 5% del censo electoral o el 30% de los concejales y diputados; ii) Solicitar referendo derogatorio de una ley con el 10% de firmas de censo electoral, excepto por leyes aprobatorias de tratados

internacionales, leyes de presupuesto y leyes de asuntos fiscales o tributarios; iii) Solicitar referendo constitucional mediante una ley que se somete a aprobación popular y contiene la reforma, requiere el 5% de firmas del censo electoral o el 30% de respaldo de diputados o concejales.

- d) Otras autoridades: La Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Fiscal General de la Nación tienen iniciativa pero en materias relacionadas con sus funciones.

1.8.2. La discusión o debate

Se refiere a las deliberaciones que tienen lugar en torno al proyecto de ley presentado, con el fin de establecer su conveniencia, su relevancia e introducirle modificaciones y de esta manera, aprobarlo o no.

Para el caso colombiano, una vez el proyecto de ley es radicado ante la Secretaría General (de Senado o de Cámara), se ordena su publicación en la Gaceta del Congreso y se reparte a la correspondiente comisión constitucional permanente para que surta el primer debate; la secretaría de dicha comisión reparte a su vez el proyecto entre sus miembros para que se presente ponencia para primer debate.

Una vez radicado el informe de ponencia (el cual puede ser favorable con la introducción de algunas modificaciones o desfavorable cuando se pide el archivo del proyecto), se ordena también su publicación y se procede a incluir el tema dentro del orden del día para escuchar al ponente o ponentes y dar paso a las diferentes intervenciones; esto es lo que se conoce como DEBATES, pues es normal que dentro del sistema democrático y pluralista se generen diferentes posturas y valoraciones sobre el proyecto de ley presentado. El proyecto debe pasar por dos (2) debates en cada cámara: uno en la comisión y otro en plenaria, con por lo menos ocho días entre uno y otro; luego pasa a la otra cámara dejando por lo menos quince días para iniciar el debate en la comisión correspondiente y allí se repite el mismo procedimiento por lo que son cuatro (4) debates en total. En todos los debates se le pueden introducir modificaciones al proyecto inicial.

Existe la posibilidad que las comisiones permanentes de las dos cámaras sesionen de manera conjunta para debatir proyectos de ley con solicitud de trámite de urgencia por parte del Gobierno; en este caso, si el proyecto es aprobado pasará directamente a debate en las respectivas plenarias de cada cámara (art. 163 C.P.).

1.8.3. *La aprobación*

Es el acto mediante el cual el Poder Legislativo expresa su voluntad de convertir un proyecto en ley de la república; sin embargo, esto no significa que el proyecto automáticamente se convierta en ley pues requiere todavía de la sanción del gobierno, como se verá en el siguiente punto. En todo caso, para que el proyecto pase a la sanción del gobierno, debe ser previamente aprobado por el Congreso. La probación puede ser total o parcial y se realiza verificando los QUÓRUM y MAYORÍAS requeridas.

El *quórum deliberatorio*, exige la presencia en el recinto de por lo menos $\frac{1}{4}$ de los miembros de la comisión, cámara o Congreso en pleno (art. 145 C.P.), mientras que el *quórum decisorio* exige la presencia de la mayoría de los miembros (la mitad más uno) cuando se vaya a votar o tomar una decisión. Respecto de las mayorías para aprobar o negar un proyecto de ley, la norma general es que las decisiones se toman por la mayoría de votos de los ASISTENTES (art. 146); sin embargo, los proyectos de acto legislativo y algunos proyectos de ley y exigen mayorías especiales:

- Proyectos de acto legislativo, en la segunda vuelta requieren el voto de la mayoría de los MIEMBROS de cada cámara (art. 375 C.P.).
- Proyecto de ley que consulte al pueblo si convoca a una asamblea constituyente, requieren el voto de la mayoría de los MIEMBROS de cada cámara (art. 376 C.P.).
- Proyecto de ley que contenga una reforma constitucional y se someta a referendo aprobatorio del pueblo requieren el voto de la mayoría de los MIEMBROS de cada cámara (art. 378 C.P.).
- Proyectos de ley que constituyan leyes estatutarias, leyes orgánicas y leyes de facultades extraordinarias, requieren el voto de la mayoría de los MIEMBROS de cada cámara. Esto es muy importante porque en estos últimos casos, se requiere

el voto favorable de un mayor número de congresistas (arts. 150 num. 10, 151 y 153).

- Proyecto de ley objetado por el Gobierno por inconveniente, debe ser ratificado por las cámaras en segundo debate con la mayoría de los MIEMBROS para que el Presidente lo sancione sin la oportunidad de presentar nuevas objeciones (art. 167 C.P.).
- Proyectos de ley que concedan amnistías o indultos por delitos políticos, requieren aprobación de los 2/3 de votos de los MIEMBROS de una y otra cámara (art. 150 num. 17)

Los proyectos que no sean aprobados no se convertirán en ley de la República, terminando su proceso legislativo. Existen dos maneras de terminar sin aprobación: los proyectos negados y los proyectos archivados.

- Proyectos negados. Cuando por votación se decide su no aprobación, ya sea en la comisión o en plenaria. También existe la posibilidad, que un proyecto sea negado por la no aprobación del texto de un proyecto que ha sido conciliado. Esto ocurre cuando lo aprobado en Cámara de Representantes difiere de lo aprobado por el Senado, se conforma entonces una *Comisión de Conciliación* integrada por senadores y representantes que escogen incluso por mayoría, qué texto (de los aprobados) quedará en la redacción final; el texto se somete nuevamente a discusión y aprobación por las respectivas plenarias y si persiste la diferencia, se considera negado el proyecto (art. 161 C.P.).
- Proyectos archivados. Pueden suceder ya sea porque no tuvieron ningún debate durante una legislatura, por pasar más de dos legislaturas sin que el proyecto fuera aprobado (art. 162 C.P.) o por ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional dentro del incidente de la objeción presidencial (art. 167 C.P.).

1.8.4. La sanción

Es el acto por medio del cual el Gobierno acepta el proyecto de ley, lo firma y ordena ejecutarlo con la frase: “públicuese y cúmplase”; con la sanción, nace a la vida jurídica la ley que hasta entonces, era un mero proyecto, incluso se le asigna un número. Para el caso colombiano, se entiende que la expresión “el Gobierno” implica la firma tanto del Presidente

de la República como la de su ministro del ramo o ministros respectivos, por lo que una ley llevará estas firmas que se suman a las firmas de los presidentes de cada cámara y de sus correspondientes secretarios generales.

La objeción presidencial. Es una forma de control del ejecutivo sobre el legislativo cuando considera que un proyecto de ley presentado para su sanción es inconstitucional o inconveniente. En la literatura especializada se le conoce como “poder de veto”, dado que en estos casos no se sanciona el proyecto hasta tanto se realicen ciertas modificaciones o incluso se rechaza totalmente el proyecto aprobado por el legislativo. Según nuestra Constitución Política, la objeción se presenta en dos casos:

- a) Objeción por inconstitucionalidad. El gobierno considera que el proyecto en todo o en parte, contraviene mandatos superiores de la Constitución, devolviendo el proyecto a segundo debate en cada cámara. Si el Congreso insiste en constitucionalidad, el proyecto se envía a la Corte Constitucional para decidir sobre la exequibilidad dentro de los seis (6) días siguientes, si ésta considera que el Congreso tiene la razón, el Gobierno debe sancionar el proyecto, pero si lo encuentra inexecutable hay dos vías: i) Si es parcialmente, lo devuelve a la cámara en que tuvo origen para que lo ajuste al respectivo fallo; ii) Si es totalmente inconstitucional, se archiva el proyecto.
- b) Objeción por inconveniencia. Los motivos del veto son diferentes y obedecen a razones de orden político, ideológico, económico o social; en general, se trata de casos en los cuales el proyecto de ley no encaja o no hace parte de las prioridades y propósitos del programa de gobierno, surgiendo discrepancias entre el legislativo y el ejecutivo. La objeción puede ser parcial o total, caso en el cual el gobierno devuelve el proyecto a las plenarias para segundo debate y si estas lo aprueban por la mayoría de los miembros, el Presidente debe sancionarlo poniendo fin a este incidente (art. 167 C.P.).

Existe un término para formular las objeciones en consideración al tamaño del proyecto: 6 días si el texto no tenga más de 20 artículos; 10 días si el texto contiene entre 21 y 50 artículos y hasta 20 días si el texto tiene más de 50 artículos.

Si se cumplen los términos anteriores sin haber presentado objeciones, el Presidente debe sancionar el proyecto y si no lo hace, el Presidente del Congreso sancionará y promulgará el proyecto como ley de la República (arts. 166 y 168 C.P.).

6.3.5. La promulgación

Es el acto mediante el cual se ordena insertar y publicar la ley en el DIARIO OFICIAL. Promulgar significa autorizar la publicación, mientras que publicar es insertar el texto en el diario oficial que se divulga al público. La promulgación tiene por finalidad dar a conocer la ley que acaba de nacer para de esta manera, hacer obligatorio su cumplimiento. Sin embargo, se debe distinguir entre la fecha de promulgación y el momento en que entra a regir la ley pues no siempre coinciden.

En ciertos casos, la observancia de la ley es posterior a su promulgación o publicación, pero también puede ser simultánea o incluso anterior (empieza a regir antes de su publicación, es decir, tan pronto sea sancionada). Existen unas reglas para establecer la entrada en vigencia o vigor de una ley, como se presenta a continuación:

- a) De manera supletoria o residual, cuando la norma no lo señala: su observancia principia 2 meses luego de su promulgación (arts. 52 y 53 Ley 4° de 1913).
- b) La propia ley fija el día en que empieza regir, el cual puede ser el mismo día de su promulgación (es lo más usual) o un tiempo después. Cuando se expiden nuevos códigos o leyes que modifican en gran medida la manera como se venían haciendo las cosas, se deja un tiempo para la entrada en vigencia mientras se realiza una capacitación y se adaptan las condiciones; por ejemplo la Ley 1564 de 2012 (código General del Proceso -C.G.P.-), estableció diferentes tiempos para su entrada en rigor a partir de su promulgación.

El Presidente de la República tiene el deber de promulgar las leyes (art. 189, núm. 10 CP).

3.3.6. Derogación de la ley

La ley permanece vigente a hasta su derogación. El Congreso hace la ley, así mismo puede derogarla. Derogar la ley significa dejarla sin efectos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico-legal (derogar significa abolir, revocar, anular, abrogar); la derogación contrario a la anulación o la declaratoria de inexecutable, la realiza el mismo órgano que crea las leyes,

es decir, el legislativo. También la puede realizar el Presidente cuando está facultado para ello por el Congreso o bajo la declaratoria de estados de excepción). Tipos de derogatoria:

- a) Derogatoria expresa. Ocurre cuando la nueva ley señala taxativamente cuáles disposiciones legales quedan derogadas, por ser contrarias o inconvenientes a la nueva regulación. Por ejemplo, la Constitución de 1991 en su art. 180 derogó al Constitución anterior.
- b) Derogatoria Tácita. Se presenta cuando existe incompatibilidad absoluta entre las normas nuevas y las anteriores. La aplican la mayoría de las leyes, por ello es la más usual: se derogan todas las normas que sean contrarias a la ley que se expide (art. 71 CC.)
- c) Derogatoria orgánica. Se produce cuando una nueva ley regula íntegramente la materia que estaba regulada por una o varias leyes, aunque los preceptos no sean contradictorios (art. 3° Ley 153 de 1887)
- d) Derogatoria por referendo. Establecido en el art. 170 de la Constitución, un número de ciudadanos equivalente al 10% del censo electoral pueden solicitar ante la Organización Electoral que se convoque a un referendo para derogar una ley (excepto leyes aprobatorias de tratado, ley de presupuesto o leyes sobre materias fiscales o tributarias).

Si la ley derogatoria es posteriormente derogada por otra, el precepto primitivo derogado no revive por este hecho (art. 14 Ley 153 de 1887; Sentencia C-801 de 2008 M.P. Juan M. Cepeda).

1.9. Tipos de ley

Son definidas en cada ordenamiento jurídico particular por lo que su clasificación es variada. En principio, habría leyes ordinarias y leyes especiales. Para Colombia, algunos consideran una tipología que se deriva del art.4° del Código Civil: leyes que mandan, leyes que prohíben, leyes que permiten y leyes que establecen castigos; sin embargo, los tipos de ley están señalados en la Constitución Política, de la siguiente manera:

- Leyes orgánicas. Se ocupan de aspectos específicos tales como establecer el reglamento del Congreso, el procedimiento para aprobar el presupuesto anual y el

plan de desarrollo, y la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Requieren para su aprobación, la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara (C.P. art. 151).

- Leyes estatutarias. Regulan derechos fundamentales, administración de justicia, partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición, funciones electorales, instituciones y mecanismos de participación ciudadana, estados de excepción e igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República. Exigen la mayoría absoluta de los miembros del Congreso para su aprobación, deben aprobarse en una misma legislatura, hay garantía para la participación ciudadana durante el trámite y están sujetas a control previo por parte de la Corte Constitucional, antes de la sanción (C.P. art.152,153).
- Leyes de facultades extraordinarias. Revisten al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley durante seis meses, previa solicitud del gobierno. Requieren aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara (C.P. art. 150, núm. 10).
- Leyes aprobatorias de tratados internacionales. Aprueban o imprueban los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o sujetos de derecho internacional (C.P. arts.150, núm. 16, art. 241, núm. 10).
- Leyes marco o cuadro. Establecen normas generales y señalan objetivos y criterios para que el gobierno regule los siguientes asuntos: crédito público, comercio exterior, modificar aranceles y régimen de aduanas, actividad financiera, aseguradora y bursátil, régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública, régimen de prestaciones sociales de trabajadores oficiales (C.P. art. 150, núm. 19).
- Ley del plan de inversiones. Aprueba el Plan Nacional de Inversiones del respectivo Plan de Desarrollo y es una ley que tiene prelación sobre las demás leyes. Se hace cada cuatro años; el gobierno presenta el proyecto dentro de los seis meses siguientes al inicio del periodo presidencial. Si el Congreso no aprueba el proyecto dentro de los tres meses luego de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley (C.P. art. 341, inc. 3).

- Leyes ordinarias. Todas las demás, que no regulen materia especial ni requieran trámite especial o mayoría calificada.

1.10. Otras normas como fuente del derecho

Como se había indicado, la noción de la ley como fuente del derecho incluye otro tipo de normas jurídicas más allá de la propia ley, y en primer lugar se encuentra la Constitución Política de la cual ya se hizo referencia.

Los tratados internacionales se incorporan al derecho nacional mediante una ley de la república, por lo que caen dentro de la categoría de ley, si bien su proceso de elaboración es más complejo pues en ella interviene el Ejecutivo (negociación y ratificación del tratado), el Legislativo (aprobación mediante ley) y el poder Judicial, en este caso la Corte Constitucional (realiza control automático tanto del tratado como de la ley aprobatoria (arts. 150 núm. 16, 189, núm. 2 y 241 núm. 10 CP).

En cuanto al proceso de elaboración de las ordenanzas de las asambleas departamentales y los acuerdos de los concejos municipales y distritales, se encuentra establecido en las respectivas leyes sobre régimen departamental, distrital y municipal (Decreto-ley 1222 de 1986 y Ley 136 de 1994, Ley 1617 de 2013 y Decreto Ley 1421 de 1993 para Bogotá). Con las salvedades, particularidades y tiempos propios de estas normas, se aplican de manera general, las mismas etapas que para la elaboración de una ley; esto es la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción y la promulgación.

Respecto de otro tipo de actos administrativos como decretos, acuerdos (de juntas o consejos directivos), resoluciones y directivas, usualmente expedidos por autoridades administrativas o de control, no tienen estas un proceso de elaboración reglado o estandarizado como la ley; sin embargo, se puede indicar que son el producto de un procedimiento administrativo previo que termina con dicha manifestación unilateral de la voluntad de la administración que produce un efecto jurídico. En este sentido, vale recordar que la actuación administrativa podrán iniciarse por cuatro razones: 1) Por el ejercicio del derecho de petición en interés general, 2) Por el ejercicio del derecho de petición en interés particular; 3) Por

quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal y 4) De oficio, por las autoridades (art. 4º Ley 1437 de 2011 -C.P.A.C.A.-).

Finalmente, el contrato o negocio jurídico es considerado una fuente del derecho por algunos autores (Noguera Laborde, 1996), lo cual es innegable dado que son los contratos y otro tipo de negocios jurídicos la fuente de una gran cantidad de situaciones, que establecen una relación jurídica sustantiva o material entre las personas. Y, a pesar que el contrato genera derechos y obligaciones *inter partes*, ello no le quita su calidad de fuente del derecho como también lo es una sentencia judicial o un acto administrativo de carácter particular o concreto. No en vano, el C.C. señala en su art. 1602 que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...*” y en su art. 1494 se establece que los contratos o convenciones son fuente de las obligaciones, junto con el cuasicontrato, el delito y la ley. Por estas sencillas razones, es que los contratos y negocios jurídicos se incluyen dentro de la noción amplia de la ley como fuente formal del derecho, aunque también podrían considerarse como una categoría propia.

4. LA COSTUMBRE JURÍDICA

4.1. Concepto

Se le considera la más antigua de las fuentes formales del derecho (Noguera Laborde, 1996); la costumbre jurídica son los hábitos o maneras de hacer las cosas creados por la repetición de actos semejantes, realizados de un modo constante y uniforme durante un tiempo considerable y que por este hecho, generan una obligatoriedad u observancia para las personas. FRANCOIS GÉNY la define como: “un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo”; por su parte BONNECASE “Es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve al margen de la ley, una dificultad jurídica; el otro de orden psicológico, constituido por la convicción de los que recurren a ella, de su fuerza obligatoria”.

Para las sociedades con tradición del *common law*, la costumbre es la principal fuente del derecho, como sucede en las islas británicas y sus ex colonias, USA y Australia entre otros.

Estos pueblos en su momento (baja edad media), no asimilaron o adoptaron el derecho escrito romano, siguiendo de este modo, con su tradición de derecho oral o consuetudinario.

Como fuente del derecho, la costumbre jurídica se aplica de manera privilegiada entre las comunidades indígenas basadas en la tradición oral y sus formas jurídicas ancestrales, al carecer de códigos o leyes escritas. En estos casos, se podría inferir que la costumbre es fuente principal del derecho, pero la Constitución Política (art. 246) establece que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales según sus normas y procedimientos, mientras no sean contrarios a la Constitución y las leyes; esto significa claramente un tipo de costumbre *secundum legem*, como se analizará más adelante. Adicionalmente, el art. 230 de al C.P., no mencionó a la costumbre dentro de las fuentes formales del derecho y reservó como fuente principal a la ley, como ya se analizó.

Algunos refranes sobre la costumbre: “La costumbre es ley”, “ A donde fueres, haz lo que vieres”, “*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*” (ULPIANO); “*Quedan iura non sunt scripta, sed certiora sunt omnibus scriptis*”.

4.2. Elementos de la costumbre

De la definición de BONNECASE, se desprenden dos elementos:

- a) Un elemento objetivo externo. Integrado a su vez por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo, general, uniforme y constante.
- b) Un elemento subjetivo interno. Consiste en que los individuos que la practican, le reconocen obligatoriedad u observancia y de este modo, el poder público puede imponerla.

Estos elementos de la costumbre jurídica se resumen en el aforismo latino que reza: *Inveterada consuetudo et opinio iuris seu necessitatis* . En países de tradición oral el derecho es eminentemente consuetudinario, como el caso de la cultura anglosajona y otros pueblos nórdicos que no recepcionaron el derecho civil romano al final de la Edad Media, así como también en los pueblos indígenas de tradición precolombina que por razones históricas, no conocieron el derecho escrito de origen romano.

4.3. Definición legal

El código de comercio en su art. 3° señala respecto de las costumbres mercantiles: “Cuando los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el tiempo”; por su parte el Código civil, la menciona pero no la define ni establece sus características, aunque si la clasifica.

De otro lado, el art. 13 de la Ley 153 de 1887 prescribe que “La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”; norma que fue acusada por inconstitucional y encontrada ajustada a la constitución en Sentencia C-224 de 1994, bajo el entendido que “moral cristiana” significa “moral social “ o “moral general” (esta decisión fue muy polémica pues tuvo 4 salvamentos de voto). De este modo, la costumbre por virtud de la ley, es fuente auxiliar del derecho en Colombia

4.4. Clasificación de la costumbre

Su tipología depende de la relación con la ley. Son tres:

a) *Contra legem*. Cuando la costumbre es opuesta a la ley, en este caso no tiene valor jurídico pues estaría derogando la ley; por ejemplo, la ancestral costumbre de aprovechar los cargos públicos para favorecer a familiares, cuando hoy en día el nepotismo está prohibido por la Constitución y la ley. En algunos sistemas jurídicos le reconocen cierta facultad cuando la ley es abrogada por desueta o anticuada a las nuevas costumbres.

b) *Secundum legem*. Es la costumbre de acuerdo a la ley porque la ley la reconoce e incluso menciona la manera de aplicarla. Es un tipo de costumbre con valor jurídico. Ejemplos: C.C. art. 1524 sobre la causa ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, el art. 3° del Código de Comercio -C.Co.-, señala que la costumbre mercantil tiene la misma autoridad que la ley comercial mientras no la contraríe.

c) *Praeter legem*. Constituye la costumbre “más allá” de la ley, es decir, la costumbre que se aplicaría en ausencia de la ley, cumpliendo una importante función hermenéutica e integradora del derecho pues sirve para llenar los vacíos y lagunas que deja la normatividad y la legislación. Por lo tanto, tiene valor jurídico. Ejemplos: el art. 5° del C.Co. establece que: “Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles”, y el art. 13 de la Ley 153 de

1887 establece que la costumbre constituye derecho a falta de legislación positiva. Al respecto señaló la Corte Constitucional, lo siguiente:

“Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre praeter legem como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario” (Sentencia C-083, consideraciones de la Corte, 6.2.5.)

4.5. Diferencias entre costumbre y ley

- La ley es creada conscientemente por un órgano o autoridad del Estado, mientras que la costumbre es creada de manera espontánea e inconsciente por la comunidad: *“Mores sunt tacitus consensus populi...”*
- La ley emana de un acto del poder legislativo, la costumbre emana del cuerpo social.
- La ley rige hasta su derogación o inexequibilidad, la costumbre hasta que desaparezcan sus elementos.
- La costumbre necesita probarse, la ley no.

4.6. Ventajas y desventajas de la costumbre

Siguiendo de cerca a NOGUERA LABORDE, serían ventajas de la costumbre:

- ✓ Su cumplimiento, al ser una creación espontánea de la misma sociedad.
- ✓ Su adaptabilidad a las necesidades jurídicas de sus destinatarios.

En cuanto a los inconvenientes de la costumbre se destacan:

- Su imprecisión o falta de seguridad jurídica, que si lo da la ley. Por esta razón las sociedades donde prima el *Common law*, tuvieron que introducir la regla del precedente judicial para otorgar mayor seguridad jurídica.
- Su lenta evolución, que le significa poca adaptabilidad a los cambios rápidos de la sociedad (Noguera Laborde, 1996).

5. LA JURISPRUDENCIA

5.1. Concepto

Etimológicamente proviene de IUS (derecho) y PRUDENTIA (sabiduría). Existen diferentes conceptos sobre esta palabra.

- a) En el derecho romano se usaba para referirse a la “ciencia del derecho” o al estudio del derecho, es decir al “*Conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto*” (definición encontrada en las Institutas del Corpus Iuris Civiles)
- b) Es el centro donde se enseña y estudia el derecho, así por ejemplo, una “Facultad de Jurisprudencia”, como a veces se denominan las facultades de derecho.
- c) Actualmente, se refiere en general, al contenido de las decisiones pronunciadas por los jueces, tribunales y cortes que administran justicia.

5.2. Controversia

Sobre el significado de jurisprudencia a que se refiere el tercer punto señalado (punto c), se presenta una controversia que ha dado lugar a dos posiciones:

- La jurisprudencia son los principios y reglas generales extraídos o emanados de fallos uniformes de altos tribunales cuando resuelven cuestiones semejantes o casos similares. Es la posición de la mayoría de los doctrinantes incluido GARCÍA MAYNEZ. (García Maynez, 2002)
- También sería jurisprudencia como norma jurídica individual, la pronunciada por los jueces y tribunales en la resolución de sus controversias o litigios particulares (Noguera Laborde, 1996).

Para sostener el primer argumento se ha sostenido que los jueces no “crean” derecho sino que lo reconocen o declaran y por ello, los jueces “dicen” el derecho (*iurisdictio*); en ese sentido, una sentencia o providencia de un juez, tribunal o corte judicial no generaría nuevas normas jurídicas y los jueces sólo eligen, aplican e interpretan las normas preexistentes. Sin embargo, en nuestra tradición de derecho legal y escrito, se reconoce a la jurisprudencia como

una fuente auxiliar del derecho y esto ha venido cambiando en los últimos años en favor de la jurisprudencia como “el derecho de los jueces”, lo que se evidencia en los siguientes aspectos:

- 1) Las sentencias de unificación con efectos *erga omnes*;
- 2) La casi obligatoriedad del precedente judicial para los jueces en los casos similares (como criterio prevalente);
- 3) La extensión de la jurisprudencia de sentencias de unificación a las autoridades administrativas en casos homologables;
- 4) El activismo judicial como consecuencia de la labor de control de constitucionalidad, sea este un control abstracto (sobre una ley o norma general) o concreto (mediante la acción de tutela);
- 5) La labor supletoria en la creación del derecho, por ausencia de ley o porque el legislador se tarda en regular sobre la materia, lo que conlleva a que se apliquen reglas judiciales para hacer efectivos los derechos fundamentales (por ejemplo, en los casos de despenalización del aborto, la eutanasia o las uniones de parejas del mismo sexo).

En apoyo a la segunda posición se afirma que los jueces al resolver un litigio crean verdaderas normas jurídicas aunque estas sean sólo obligatorias para las partes (*inter partes*); además, los jueces no se limitan únicamente a aplicar la norma general al caso particular pues su labor de encuadrar la norma al caso no es automático o sencillo (hay cuestiones de aplicación de la norma en el tiempo, el espacio y sobre las personas), se presentan elementos o aspectos no considerados por la norma que el juez tiene que deducir (labor interpretativo-hermenéutica). Por otro lado, se presentan casos en donde no hay ley aplicable, pero el juez tiene que fallar necesariamente según el principio de no denegación de justicia por ausencia o oscuridad de la ley (art. 48 Ley 153 de 1887), ya sea aplicando la analogía, los principios constitucionales o los generales del derecho procesal (C.G.P., arts. 11 y 12). Por esta vía, se cumple una labor de integración del derecho, y el juez en su sentencia es creador de derecho; es decir, de una norma jurídica que aunque es particular o dirigida a unos sujetos específicos, no deja de ser derecho.

Ahora bien, el carácter general o particular de los pronunciamientos judiciales, es el aspecto que está en el fondo de estas discusiones. El art. 17 del C.C. señala que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas,

en este sentido, su efecto sería *inter partes* y por otro lado, el art. 10 de la Ley 153 de 1887 (modificado por el art. 4 de la Ley 169 de 1896) establece la llamada doctrina probable si:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

De esta manera, sólo la doctrina probable sería extrapolable (como jurisprudencia) a otros casos.

Como es sabido, una sentencia judicial está compuesta por tres partes: 1) Parte expositiva (antecedentes, partes, competencia, pretensiones, etc.); 2) Parte considerativa (*ratio decidendi* o argumentos fundamentales y *obiter dicta* o argumentos complementarios); 3) Parte resolutive (decisión al caso); se puede concluir que la parte motiva es el aspecto más importante para la jurisprudencia en general según la primera tesis, y que la parte resolutive, es la más importante para la jurisprudencia como norma jurídica particular.

Lo cierto es que hoy la jurisprudencia goza de buena salud, en especial la jurisprudencia constitucional que se ha venido desarrollando en ejercicio de los mecanismos de control para que las disposiciones de la Constitución Política como *Norma normarum* sean efectivas y realizables. Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha convertido en algo crucial y relevante para todo el sistema jurídico colombiano.

5.3. La jurisprudencia en el sistema del *Common law*

Como se ha visto, nuestro sistema jurídico es heredero directo de la tradición del derecho romano (*civil law*), el cual tiene un carácter especulativo y abstracto; es decir, prevalece la ley escrita, general y abstracta como fuente principal del derecho. Por lo anterior, la jurisprudencia tiene en nuestro medio un carácter de fuente secundaria o auxiliar (C.P. art. 230; Ley 153 de 1887 arts. 4° y 10), aunque esto se ha relativizado de manera dramática como ya hemos analizado anteriormente.

En el sistema jurídico anglosajón o del *Common law* (Gran Bretaña, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, entre otros), la jurisprudencia es la fuente principal del derecho junto con la costumbre. Esto se debe a que allí el derecho es práctico o empírico por naturaleza,

es el derecho común basado en el iusnaturalismo racionalista y las costumbres; además, se debe considerar el hecho importantísimo que en las islas británicas no se recepcionó el derecho escrito o antiguo derecho romano, como sí ocurrió en el resto de Europa.

Mientras en el continente europeo se acogían las codificaciones y el reemplazo paulatino del derecho oral por el derecho escrito, en las Islas Británicas, siguió aplicándose un derecho consuetudinario, de carácter oral como lo eran la mayoría de pueblos que desplazaron a Roma y que se instalaron en todo Europa; de este modo, mientras en Europa continental se desarrollaba el derecho escrito, en Inglaterra prevalecía este derecho común. Sin embargo, a partir del siglo XIX se estableció en Inglaterra la obligación de seguir el precedente judicial debido a la necesidad de otorgar cierta seguridad y certeza jurídica que el derecho oral parecía no ofrecer.

En este sistema jurídico, los jueces antes de dictar sus sentencias consultan los antecedentes que existen en sentencias anteriores sobre casos similares. A esto se le llama *Rule of precedent* o regla del precedente, la cual es obligatoria para el juez. De este modo, los jueces respetan y aplican los precedentes o jurisprudencia surgida de decisiones anteriores y la ley ocupa un papel complementario en las decisiones judiciales.

Este sistema está íntimamente relacionado con la llamada teoría del realismo jurídico: el derecho es entendido esencialmente como el contenido de las decisiones de los jueces (Nino, 2003). El estudio del derecho en esos países, es el análisis de los casos del precedente, no tanto el estudio de la ley como sucede en nuestro contexto.

5.4. Línea jurisprudencial y cambio jurisprudencial

La línea jurisprudencial es el conjunto de principios, reglas y pautas que siguen las altas cortes, tribunales y jueces de manera reiterativa y durante un lapso de tiempo para decir sobre un determinado asunto o problema jurídico. La línea jurisprudencial orienta las decisiones al aplicar los mismos principios o reglas y la manera de interpretación de las normas, a casos judiciales que presentan características similares; esta línea se encuentra consagrada en una o varias sentencias o providencias (fundacional, hito, arquimédica, etc.). Los estudios sobre línea jurisprudencial, en realidad lo que analizan son la aparición, cambios y modificaciones que se

presentan a lo largo de un periodo estimado de tiempo, sobre un determinado asunto o aspecto, lo que se traduce en cambios sobre el precedente judicial.

El cambio jurisprudencial sucede cuando se modifica la apreciación o interpretación de las normas, así como del contexto sociopolítico de transfondo, generándose nuevos principios y pautas que orientan las decisiones de las cortes. El cambio puede ser progresivo o radical y sucede cuando llegan nuevos miembros o magistrados a las cortes, los cuales tienen una visión, interpretación o formación jurídica diferente a los que reemplazan; por lo anterior, el cambio de magistrados en las altas cortes ha sido gradual para evitar cambios abruptos en la jurisprudencia que pueden ir en contra de principios jurídicos como la confianza legítima. Adicionalmente, el cambio de la línea jurisprudencial puede ocurrir por transformaciones del entorno sociopolítico debido a modificaciones de las fuentes materiales del derecho, al clima de opinión y la valoración social sobre determinados asuntos que impactan en las decisiones de las altas cortes.

5.5. Precedente horizontal y vertical. Obligatoriedad en la jurisdicción

Por otro lado, se debe señalar la distinción entre precedente horizontal y precedente vertical. Esto hace referencia a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial según el órgano que lo pronunció. El *precedente horizontal* es el generado por un juez o corporación o por otro de igual jerarquía y debe observarse por ellos mismos; *el precedente vertical* en cambio, es producido por un juez, corporación o corte de mayor jerarquía y debe observarse tanto por la autoridad que lo generó como por todos los subordinados (Corte Constitucional, Sentencias T-148 de 2011, T-014 de 2009). En la última de estas providencias, la Corte señaló:

“La jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite” (Corte Constitucional, Sentencia T-014 de 2009, M.P. Nilson Pinilla, consideraciones, 2.3).

Ahora bien, la regla del precedente si bien es obligatoria en cuanto se trate del precedente vertical (sobre todo cuando proviene del órgano de cierre de la jurisdicción), no significa que

un juez o tribunal de menor jerarquía no pueda apartarse, pues como se analizó al comienzo según la C.P. (art. 230) “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...*”; en caso de apartarse del precedente, los jueces deben justificar o argumentar adecuada y suficientemente, las razones por la cuales lo hacen. Si no lo hacen o los argumentos se consideran infundados o no convincentes, se generaría una de las causales específicas para accionar la tutela contra dicha providencia judicial: por desconocimiento del precedente (Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005).

5.6. La extensión de la jurisprudencia a otros ámbitos de actuación

La importancia de la jurisprudencia ha desbordado los ámbitos nacionales, así como el campo de aplicación que sólo obligaba a los jueces.

En primer lugar, el proceso de globalización jurídica ha hecho que aparezcan otras autoridades u organizaciones de carácter supranacional o mundial como la ONU, la OEA, la Unión Europea, la CAN y la OMC, entre otras. Para dar cumplimiento a esos tratados internacionales y solucionar los conflictos que se presenten, se han creado consecuentemente tribunales de justicia como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Corte Europea de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Se trata de órganos judiciales internacionales que no solamente emiten fallos o sentencias sino que además generan jurisprudencia (llamada a veces doctrina) que debe observarse por los órganos judiciales de los Estados miembros. Para el caso colombiano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha convertido en un “criterio hermenéutico relevante” (Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000) en la función de control de constitucionalidad y convencionalidad que realiza la Corte Constitucional:

“... por el hecho que al ejercer el control constitucional y al aplicar el bloque de constitucionalidad, se ha encontrado con la necesidad de integrar e interpretar las diferentes normas del derecho internacional. Para lograr este último cometido no le ha quedado más que recurrir a la interpretación judicial de los tribunales y órganos

judiciales internacionales, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Jiménez, 2015, pág. 175).

En sentido similar, el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, establece en su art. 33 la obligatoriedad para los jueces nacionales de solicitar un concepto prejudicial al mencionado tribunal, cuando conozcan casos en que deban aplicarse normas de la Comunidad Andina, si la sentencia no fuere susceptible de recursos en el derecho interno. Lo anterior significa tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Andino antes de emitir la sentencia por parte del juez nacional (Jiménez, 2015). En conclusión, la jurisprudencia de ciertos órganos judiciales internacionales, tiene aplicación u observancia a nivel nacional.

En segundo lugar, tenemos la llamada *extensión de la jurisprudencia* de sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre actuaciones que realicen las autoridades (de todo tipo), en las cuales se presenten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Esto significa que el precedente judicial se extiende más allá de la Rama Judicial o más allá de los jueces, convirtiéndose en una obligación para otro tipo de autoridades públicas; por ejemplo, en un procedimiento administrativo se solicita un determinado derecho y si existe una sentencia de unificación que decidió sobre un caso similar, el peticionario solicitará a dicha autoridad que le “extienda” o aplique los efectos de la mencionada sentencia de unificación porque considera que su caso se encuentra en los mismos supuestos de hecho y de derecho (Ley 1437 de 2011, arts. 10 y 102 -C.P.A.C.A.-). En caso que la autoridad se niegue a aplicar la jurisprudencia vía extensión, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado para solicitar la extensión y si éste lo considera procedente, le ordenará a la autoridad administrativa que extienda los efectos (art. 269 y 270 C.P.A.C.A.). Como se señaló anteriormente, la novedad en este caso es la extrapolación de los efectos de la jurisprudencia a ámbitos diferentes a la función jurisdiccional implicando a todo tipo de autoridades del Estado colombiano.

Finalmente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011 M.P. Ernesto Vargas Silva, señaló que las autoridades tienen la obligación de considerar las sentencias de unificación del CE y de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales aplicables a los asuntos de su competencia. Por esta vía

nos encontramos frente a un nuevo tipo de extensión por los efectos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

6. LA DOCTRINA JURÍDICA

6.1. Noción

La palabra doctrina proviene del término latino *doctrinae*, el cual a su vez puede tener dos significados: a) Instrucción, formación o educación; b) Teoría, ciencia o método; siendo el segundo significado el que nos interesa. La doctrina como fuente del derecho en sentido lato, son los estudios de carácter científico, que los juristas realizan en sus obras (García Maynez, 2002). Se han identificado los siguientes objetivos o finalidades para la doctrina:

- Sistematización de los preceptos jurídicos. Buscan unidad teórica y explicativa de las normas y del derecho.
- Interpretación de las normas. Se pretende dar sentido o explicitar el significado de la norma.
- Aplicación de las normas. Se señalan reglas o parámetros para su aplicación a los casos o situaciones jurídicas.

Desde un punto de vista más estricto, la doctrina jurídica se refiere a la condensación de corrientes de opinión coincidentes o identificables ya por una época, ya por un determinado lugar o por un marco teórico común. Se habla así de la doctrina clásica, la doctrina alemana, la doctrina francesa, la doctrina patria, etc.

6.2. La doctrina como fuente del derecho

Debido al hecho que la doctrina jurídica es el resultado de una actividad realizada por personas particulares, sus conclusiones y enunciados carecen de fuerza obligatoria. Lo anterior significa que: a) Por más influyente que sea el autor o tratadista, b) Por más prestigio que tenga o posea, y c) por más científicos y rigurosos que sean sus aportes, los tratadistas no están investidos de autoridad alguna que obligue a acatarlos o seguirlos y en este sentido, ellos no son fuente de producción de normas jurídicas. Esta circunstancia ha llevado a que algunos autores no consideren a la doctrina como fuente formal del derecho (Noguera Laborde, 1996).

Pero la doctrina jurídica puede convertirse en fuente formal auxiliar del derecho en virtud de una disposición legislativa o constitucional que le otorgue tal carácter, como sucede con el art. 230 de la C.P. (fuente auxiliar para el juez) o el art. 26 del C.C. que le atribuye una función en la interpretación de la ley.

El efecto práctico de la doctrina jurídica como fuente auxiliar del derecho, se puede observar en las citas de autores que realizan los magistrados y los jueces en sus providencias, en las citas que realiza el legislador en la exposición de motivos y en las citas y referencias que realizan los abogados en sus escritos y actuaciones procesales. Resulta más convincente (y es mucho más riguroso), apoyar la argumentación jurídica en los análisis de ciertos tratadistas, autores o “juristas” del derecho.

6.3. Evolución de la doctrina jurídica

6.3.1. Los jurisconsultos romanos

En la antigua Roma, se hizo costumbre que las partes involucradas en un proceso, solicitaran “consultas” a abogados de renombre o de buena reputación, para que interpretaran el caso y dieran su opinión. De esta manera los jurisconsultos emitían las *Responsa prudentium* (respuesta sabia o docta) y con el tiempo, empezaron a ejercer influencia en la interpretación y aplicación de la ley.

Como se conoce, el proceso judicial en Roma pasó por varias etapas, siendo que en un primer momento la autoridad pública no intervenía demasiado como sucedía con el proceso formulario y las acciones de ley: el *Praetor* como funcionario público fijaba el tipo de derecho involucrado y se nombraba al árbitro (*in iure*), después las partes acudían al árbitro para resolver el litio (*in iudicio*). Con el advenimiento del Imperio, el proceso se hizo más oficial y con mayor intervención del juez como funcionario que representaba al Estado (de hecho, en esta etapa aparece la posibilidad de apelar el fallo ante el Emperador), apareciendo el proceso extraordinario (Falcón, 2003). El hecho relevante fue que los primeros emperadores como Augusto y Tiberio empezaron a conceder a ciertos jurisconsultos reputados el *ius respondi*, el *ius publice*, el *populo respondi*; es decir, el derecho a emitir dictámenes obligatorios para el juez o magistrado del proceso, en los cuales se debía guardar ciertas formalidades:

- Que el *Responsum* proviniera de jurista autorizado

- Que fuera otorgado por escrito y sellado

Con el Emperador Adriano (76 a 130 d.C.) se promulgó un rescripto o ley de cintas que otorgó fuerza de ley a los dictámenes emitidos anteriormente por Papiniano, Ulpiano, Gayo y Modestino, y en caso de controversia, se imponía el primero. Al pasar de los años, el uso de las *responsa* se hizo costumbre aplicándose a casos similares (algo así como el precedente judicial en nuestros tiempos), se prescindió de la autorización oficial, bastando que dichas opiniones se manifestaran en forma de doctrina en las colecciones de las *Responsa prudentium* (García Maynez, 2002; Noguera Laborde, 1996).

6.3.2. Escuela de los glosadores

Como se indicó, tras la caída de Roma el derecho romano fue olvidado en occidente hasta el siglo XI cuando se redescubren las Pandectas en la ciudad de Pisa. En el Siglo XII se elimina el estudio directo del derecho romano por considerar que no era aplicable a las condiciones de los reinos y pueblos medievales; se realizan notas o glosas marginales al *Corpus Iuris Civiles* (Institutas, Novelas, Código y Digesto) y se hacen prevalecer estas opiniones y comentarios. De este modo, aparecen los “glosadores”, en primer lugar, los nombres Irnerio y Acursio y luego los cuatro doctores: Martín, Búlgaro, Jacobo y Hugo. Con esta perspectiva, se introducen los estudios de derecho en las primeras universidades medievales tales como Bolonia, Praga, París y Oxford.

En general, se consideraba al derecho romano como la *Ratio scripta* (derecho por excelencia) y se sostenía que los emperadores del Sacro Imperio Germánico debían aplicarlo como sucesores del Imperio romano, pero los glosadores establecían la interpretación así como cuáles eran los auténticos textos a estudiar. Hubo grandes aportes de los glosadores en el derecho civil y el derecho de gentes. Posteriormente, hubo otros comentaristas considerados como postglosadores dentro de los que se destaca de manera brillante Bartolo de Sassoferrato en el Siglo XIV.

6.3.3. Renacimiento

En el siglo XV, se vuelve la mirada hacia las fuentes grecolatinas en el arte, la filosofía, la ciencia y el derecho. Revisar directamente a los clásicos y asumir una mirada antropocéntrica, son características renacentistas.

Se tiende a la reconstrucción del derecho romano acudiendo directamente a sus fuentes y abandonando de este modo, el trabajo de los glosadores. Se tratan de sistematizar los principios del derecho romano por parte de los representantes más destacados como fueron: Alciato, Cujacio y Hugo Doneau.

6.3.4. *Codificación Napoleónica*

Con la aparición en 1804 del Código Civil francés se unifica en un solo texto todo el derecho que había permanecido en diversas leyes y disposiciones o en la tradición oral. Esto influyó enormemente en la doctrina, pues en adelante: “estudiar derecho es estudiar leyes”. Nace una escuela de juristas, la Escuela de la Exégesis con un culto excesivo a la interpretación de la letra de los códigos y a la investigación acerca de la presunta voluntad del legislador. La tarea del doctrinante se limitó a simples comentarios o anotaciones sobre el código civil.

A finales del Siglo XIX aparece la Escuela Científica como reacción a la anterior tendencia. Esta escuela distingue dos elementos: a) La ciencia del derecho: se ocupa del estudio de las fuentes materiales del derecho; es decir, estudios socio jurídicos; b) La técnica y métodos jurídicos: estudio de los medios para elaborar, declarar, interpretar y aplicar las normas jurídicas

Dentro de los representantes de la doctrina de esta época se encuentran: Francois Gény, Marcel Planiol, Bonnet, Jasserand, Ripert, Carnelutti, Sánchez Román, entre otros.

6.3.5. *Actualidad*

Durante el Siglo XX la doctrina ha jugado un papel importante como fuente auxiliar del derecho. Esto se observa sobre todo como apoyo a las decisiones judiciales en altas cortes en las cuales el aporte de ciertos tratadistas han dado luces para la elaboración de tesis, test y consideraciones judiciales; nombres como Robert Alexy o Luigi Ferrajoli vienen a la mente. También la doctrina ha contribuido en la elaboración de las leyes y las constituciones. En los debates en Colombia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, fue claro el aporte; también en los debates y ponencias sobre proyectos de ley se observa la cita de tratadistas y el propio Congreso de la República ha creado una plataforma digital (ARCA) para que los investigadores del derecho suban allí sus conceptos técnicos sobre proyectos de ley.

Pese a todo, asistimos hoy a un declinar de la doctrina como fuente del derecho. Como ya se señaló, estamos en el tiempo del “derecho de los jueces”, lo que implica el avance poderoso de la jurisprudencia y la obligatoriedad del precedente judicial. Cada vez más, la jurisprudencia se torna “autoreferenciada”, las decisiones judiciales en buena parte de los casos, son un cúmulo de cita de los precedentes judiciales para al final, en poco espacio, despachar el caso concreto. Incluso, se ha limitado la cita de autores en las decisiones judiciales al parecer por un priurito de neutralidad u objetividad. De esta manera, la doctrina jurídica parece quedar refugiada en las aulas universitarias.

7. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES DEL DERECHO

7.1. Concepto

Un principio es un axioma que goza de validez universal. La palabra axioma en griego significa: “lo que tiene valor”, en latín significa: “principio claro”; entonces se puede decir que los axiomas con proposiciones evidentes que en la jerarquía de los principios tienen una categoría máxima y presentan las siguientes características:

- Se consideran evidentes por sí mismas, es decir, no necesitan demostración, como por ejemplo, los postulados y teoremas que necesitan ser demostrados.
- Constituyen la base sobre la que se fundan otros principios

Ejemplos de axiomas son los llamados Primeros principios de la lógica: Principio de identidad, de No contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente.

En cuanto al axioma jurídico, se define como un enunciado de gran trascendencia, incontrovertible sobre el cual reposan las instituciones y principios jurídicos de un ordenamiento jurídico.

Los principios Generales del Derecho –PGD- son las direcciones o líneas matrices según las cuales se desarrollan las instituciones jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico. En palabras de COVIELLO NICOLÁS: *“Son aquellos conceptos fundamentales del derecho positivo que no se encuentran escritos en ninguna ley pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas jurídicas de los cuales, a fuerza de abstracción deben*

deducirse”; por su parte JOSÉ CONSUELO señala que “*Son aquellos juicios de valor anteriores a la formulación de la norma positiva*”, y para CARNELUTTI “*son como el alcohol en el vino, es espíritu o esencia de la ley*”. De lo anterior, se puede concluir que existen dos maneras de concebir los PGD, a saber:

- Desde el iusnaturalismo, los PGD están constituidos por verdades eternas, universales e inmutables ya sean descubiertas por la razón (iusnaturalismo racional) o dictadas por la sabiduría divina (derecho natural teológico). Su fuerza vinculante no depende de la remisión de una norma positiva.
- Desde el iuspositivismo, los PGD son aquellos que sirven de inspiración y fundamento al derecho positivo, para la elaboración de la norma jurídica que realiza el hombre en cada momento histórico. Su fuerza vinculante deviene si una norma positiva que los reconoce o remite a ellos.

7.2. Características y funciones

Los PGD presentan las siguientes características: a) Universales; b) Inmutables; c) Axiológicos, apelan a criterios ético-morales; d) Extrasistémicos, si bien no hacen parte del ordenamiento jurídico escrito, están inmersos dentro del sistema y se infieren o sacan de él; e) Abstractos, se extraen por inferencia y se aplican por deducción. En cuanto a las funciones de los PGD, ellos sirven para crear, interpretar e integrar el derecho:

- i) Función creadora. Sirven tanto al constituyente, al legislador o al juez, pues los orientan en la creación de la Constitución, la ley o la providencial judicial.
- ii) Función interpretativa. Permite al intérprete, juez, magistrado o funcionario autorizado la comprensión o sentido de la norma y le facilita su aplicación.
- iii) Función integradora. Ayudan a mantener la unidad del sistema jurídico; por ello, son fuente última a la que se debe acudir cuando se necesita llenar un vacío o laguna que se presenta en la ley o los códigos. Primero se recurre a la analogía (*legis o iuris*), luego a los principios generales del derecho procesal y finalmente a los PGD (Art. 230 C.P., art. 8° Ley 153 de 1887 y arts. 12 y 42, numeral 6 del C.G.P.). Si el orden jurídico es en mayor o menor medida la realización de los PGD, volver a ellos cuando el legislador guarda silencio u omite, equivale a dar unidad de manera armónica y coherente a la legislación (Moscol, s.f.)

7.3. Consagración legal-constitucional

El art. 230 de la C.P. reconoce a los PGD como fuente formal auxiliar; por su parte los arts. 4° y 8° de la Ley 153 de 1887, se refieren a principios del derecho natural y a reglas generales del derecho.

7.4. Principios o reglas generales del derecho?

Tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina se hace referencia en unos casos a “Principios ” y en otros a “Reglas” generales del derecho –RGD-, causando confusión. Algunos usan los dos términos de manera indistinta como si fueran sinónimos (por ejemplo, García Maynez y Jaime Zuleta); para otros en cambio, principios y reglas generales del derecho son cosas diferentes, como veremos a continuación.

Para la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz), las RGD se elaboran mediante un proceso de abstracción a partir de disposiciones normativas específicas, cuando el juez no tiene una norma concreta para aplicar, es decir cuando se utiliza la analogía como técnica para llenar un vacío; entonces, para resolver un caso, se extrae una “regla general” mediante operaciones lógicas de inducción y dicha regla servirá para aplicar a situaciones similares no previstas. En todo caso, tal regla general se infiere o se saca del derecho vigente.

En cambio, los PGD tienen contenidos extra sistémicos que no satisfacen la regla de reconocimiento y no hacen parte del ordenamiento, pues no son reductibles a la Constitución. Son extra sistémicos o extra jurídicos porque la decisión tomada con base en ellos reposa en un principio ético o político, no necesariamente jurídico. En conclusión, la diferencia se encuentra en que las RGD se hallan dentro del sistema jurídico y se extraen de él, mientras que un PGD es necesariamente extrajurídico o de orden axiológico, político o filosófico.

Varias razones permiten señalar que unos y otros son la misma cosa, pero que es mejor referirse a PGD y no a RGD. En primer lugar, cuando se alude a ellos, comparten las mismas características: son universales, abstractos, inmutables y apelan a criterios extra jurídicos (moral, política, filosofía, estética, etc); en segundo lugar, como fuente formal del derecho ambos sirven para crear, interpretar e integrar el derecho; en tercer lugar, los dos son criterios auxiliares; en cuarto lugar, no es conveniente mantener una división entre principios y reglas

generales dado que desde el punto de vista de la teoría de la norma jurídica, esta se divide en dos grandes categorías: los principios y las reglas. Los primeros tienen una vocación de universalidad y pretenden la optimización o perfectibilidad de una situación o comportamiento, por ello contienen un alto nivel axiológico o del deber ser; las reglas jurídicas en cambio, regulan situaciones o comportamientos concretos, pudiéndose verificar su cumplimiento a través del método del silogismo o de la lógica deductiva. Finalmente, cuando la Corte Constitucional elabora “reglas generales”, debe entenderse que son interpretaciones o tesis jurídicas que constituyen en esencia lo que se conoce como *jurisprudencia* que como ya se estudió, es otra fuente formal del derecho y por esta razón, no deben confundirse los precedentes judiciales con los PGD.

7.5. Principales PGD

7.5.1. Principio de abuso del derecho

Se desprende del principio “*Qui ius suo utitur neminem laedit*” (quien usa su derecho no puede perjudicar a nadie), entonces cuando se contraviene este principio, se abusa en el ejercicio del derecho causando daño a otra persona a la que se debe indemnizar. Se trata siempre de abuso en el ejercicio del derecho, puesto que el daño o perjuicio ocasionado sucede como consecuencia de ejercitar el derecho, no solamente por tener el derecho. La C.P. lo consagra en el art. 95, numeral 1y ocurre en dos situaciones distintas:

- a) Cuando se ejerce con la única intención de causar daño o sin motivo; se usa el derecho desnaturalizándolo pues se desvía de la finalidad misma del derecho.
- b) Cuando se ejerce fuera de sus límites adecuados porque hay desviación o extralimitación en el ejercicio.

Algunos ejemplos de este principio son: i) Presentar temerariamente una demanda o una denuncia; ii) Solicitar y obtener un embargo excesivo de bienes del deudor con relación a la obligación; iii) Provocar la quiebra del deudor, habiendo otros medios para obtener el pago; iv) Ejercer una acción judicial con colusión o fraude; v) El gobierno puede abusar del derecho al hacer mal uso de los estados de excepción.

7.5.2. Principio de enriquecimiento sin causa

Nadie puede sacar ventaja patrimonial a expensas del patrimonio de otra persona sin que haya una razón que lo justifique. Deben cumplirse algunos requisitos:

- a) Que se presente un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativos; es decir, que lo que gane uno, lo pierda otro.
- b) Que el enriquecimiento se realice sin justa causa.
- c) Que el perjudicado no tenga otra acción para hacer valer su derecho que la acción *In rem verso* (devolver la cosa).

La *actio in rem verso*, tiene una caducidad de un año a partir de la configuración del hecho y su carácter es el de reparar un daño, no el de indemnizar; es decir, se devuelve la porción o se hace el reembolso de lo pagado sin justa causa, pero no hay pago de intereses, lucro cesante o daño emergente. Un ejemplo típico es una consignación o transferencia de dinero a la cuenta bancaria de persona equivocada.

7.5.3. Principio de la buena fe

La buena fe es una exigencia ética y jurídica que debe guiar la conducta de la persona en sus actuaciones y negocios jurídicos. Es la conciencia de haber procedido con rectitud, libre de todo vicio y en general, se la asocia con: a) Ausencia de dolo o mala fe (BONFANTE); b) La honesta convicción que posee una persona (WINDSCHEID); c) Honradez (VON TURH); d) Voluntad sincera, leal y fiel (GORPHE); e) Un modelo de conducta social considerada como arquetipo, conforme a un imperativo ético dado (DIEZ PICAZO).

En la doctrina nacional encontramos que, para VALENCIA ZEA: “Indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable”. Por su parte OSPINA FERNÁNDEZ, refiere que: “Los actos jurídicos deben ser cumplidos con entera lealtad, con intención recta y positiva”.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, este principio se encuentra consagrado en el art. 83 de la C.P. (presunción de buena fé); en los arts. 768 (buena fe en la posesión), 769 (presunción y 1603 del C.C.; en el art. 871 del C.Co. (los contratos deberán pactarse y

ejecutarse de buena fe); Corte Constitucional Sentencias C-544 de 1994; C- 540 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía y C-527 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio, entre otras.

La buena fe como PGD y como garantía constitucional, se encuentra protegida con una PRESUNCIÓN de ley; es decir, que la buena fe siempre se presume o se da por cierta, mientras que el obrar de mala fe, debe probarse : “*Bona fides sempre preasumitur nisi mala probetur*”. Demostrar en cada una de nuestras acciones que obramos de buena fe, no sólo sería dispendioso y traumático para las relaciones sociales, sino también contrario a otros principios como la dignidad humana o el sentido de autorresponsabilidad. Hay sin embargo, una excepción señalada en el inciso final del art. 768 del C.C. que prescribe lo siguiente: “*Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*” (subrayado fuera del original); lo curioso de este caso es que no solamente existe una presunción de mala fé, sino que además, es una presunción de derecho (no admite prueba en contra) muy raras actualmente dentro del ordenamiento jurídico. Este inciso junto con otros apartados de los arts. 964 y 1025 fueron demandados por inconstitucionalidad y encontrados ajustados a la Constitución según la Sentencia C-544 de 1994, ya citada. Para el tema de la presunción de mala fe, la Corte Constitucional argumentó que el error en derecho recaía sobre la existencia, contenido y alcance de las normas jurídicas y que, alegar el error de derecho, equivalía a invocar como excusa la ignorancia de la ley:

“En conclusión: al prohibir invocar el error de derecho, es decir, la ignorancia de la ley, como elemento de la buena fe, la norma demandada se limita a afirmar uno de los supuestos del orden jurídico: que la ley es conocida por todos y rige para todos. En consecuencia, en nada contraría la Constitución, y así lo declarará la Corte”. (Sentencia C-544 de 1994, Consideraciones de la Corte, Tercera)

La Corte interpreta que la expresión “error de derecho” se refiere a un error sobre la ley, específicamente sobre su ignorancia; muy probablemente el legislador del Siglo XIX asimilaba el derecho con la ley, como se ha dicho anteriormente debido al positivismo jurídico propio de esa época (el C. C. fue adoptado bajo la Ley 84 de 1973 para Los Estados Unidos de Colombia, pero tuvo antecedentes desde el código civil chileno de 1855), pero hoy en día el derecho no se reduce únicamente a la ley, como ya hemos señalado. Existen otros casos similares en donde “derecho” se entiende que es la “ley” o norma positiva: a) en el caso de resolver conflictos en equidad (fundamentado en razones no normativas), en contraposición a resolverlos en derecho (las razones de respaldo deben ser normativas; ver C.P. art. 247, art. 43 numeral 1 del C.G.P., Sentencia SU-837 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda); b) cuando se señala que el dictamen pericial no será admisible si versa sobre puntos de derecho (inc. 3, art. 226, C.G.P.); es decir sobre la interpretación y alcance de la ley.

Ahora bien, la buena fe como principio, comprende dos aspectos o componentes desde el punto de vista del derecho y del deber:

- *Buena fe activa.* El deber personal de tener una conducta sincera en las relaciones jurídicas.
- *Buena fe pasiva.* El derecho a esperar de otra persona esa misma lealtad o fidelidad. Se observa así, la bilateralidad de la buena fé, no sólo es un principio o un derecho sino un deber de conducta propio de la persona y el ciudadano.

De otro lado, desde el punto de vista de la aptitud mental o estado de ánimo, nos encontramos con la distinción entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva:

- *Buena fe subjetiva o psicológica:* es el estado de ánimo consistente en ignorar, con base en cualquier error o ignorancia, la ilicitud de la conducta desplegada o nuestra posición jurídica asumida; es decir, ignorar que se está perjudicando con ese comportamiento. Basta que la persona tenga la convicción.
- *Buena fe objetiva o ética:* Refiere a que en la formación de ese estado de ánimo, se haya desplegado la diligencia socialmente exigible; *implica que el tercero haya desplegado acciones para cerciorarse y comprobar la licitud del origen y destinación del bien.* de este modo, sólo hay buena fe cuando se actúa por error o ignorancia excusable o admisible.

De la anterior consideración, se ha desprendido una nueva clasificación de buena fe simple y buena fe cualificada:

- *Buena fe simple*. Es la que se exige normalmente en los negocios jurídicos: conciencia de obrar con rectitud, honestidad y lealtad (aspecto subjetivo). La ley protege a quien obra de esta manera; ejemplos, en el caso de haber comprado a quien no podía transmitir la propiedad, da derecho a los frutos percibidos pero se debe devolver la cosa al verdadero dueño, en otras palabras, el poseedor de buena fe que deba restituir el bien, no será condenado a pago de frutos (art. 964 C.C.); otro ejemplo, el poseedor de buena fe junto con título idóneo de transferencia y el tiempo requerido, tiene derecho a adquirir por prescripción ordinaria.
- *Buena fe exenta de culpa o creadora de derecho*. Exige que además de obrar con rectitud (aspecto subjetivo), se tenga certeza sobre el derecho adquirido o que se posee (aspecto objetivo); en este caso, se crea de la nada una realidad jurídica y da por existente un derecho o situación que no existía:

“Entonces se concluye que, a diferencia de la buena fe simple que exige solo una conciencia recta y honesta, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige solo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza” (Corte Constitucional, Sentencia C-1007 de 2002, Consideraciones y fundamentos, 2.5)

Debido al aspecto objetivo de la buena fe exenta de culpa, el interesado debe demostrar que obró con diligencia y precaución para acceder al derecho que reconoce este PGD, ello no quiere decir, que existe una “presunción de mala fe”, sino que en ocasiones se crea una distribución de la carga de la prueba, en aras de proteger otros derechos constitucionales y preservar el equilibrio y reciprocidad en las relaciones jurídicas. Al respecto, señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-527 de 2013, lo siguiente:

“En otras palabras, la buena fe no implica que para regular determinados asuntos las autoridades públicas siempre deban partir del actuar bondadoso y el cumplimiento

voluntario de las obligaciones por parte de los particulares. Por el contrario, resulta comprensible que con el propósito de proteger otros principios igualmente importantes, como la seguridad jurídica, el interés general o la salvaguarda de los derechos de terceros, el Legislador o la autoridad correspondiente impongan algunas medidas tendientes a prevenir actuaciones contrarias a Derecho, cuyas consecuencias sean jurídicamente inadmisibles (...)

Así, el hecho de que la buena fe sea en principio inherente a las actuaciones entre particulares, no significa que no pueda imponerse una carga probatoria a quien esté en mejores condiciones para dar cuenta de su conducta. En este contexto, la exigencia de probar que una actuación fue realizada de buena fe no vulnera las garantías constitucionales si se trata de proteger los derechos de la otra parte u otros intereses constitucionalmente valiosos. Por el contrario, dichas exigencias suponen la presencia de la reciprocidad y del equilibrio, en especial dentro de las relaciones jurídicas de derecho privado” (consideraciones, 4.3 y 4.5).

El art. 768 del código civil señala la buena fe como la “conciencia” de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de vicios y fraudes (buena fe simple) y para los títulos traslativos de dominio, supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enagenarla y de no haber habido fraude o vicio, por lo que un “justo error” en materia de hecho, no se opone a la buena fe (buena fe exenta de culpa). La buena fe creadora de derecho está relacionada con otro PGD: el error común hace derecho, como se presenta más adelante.

Un ejemplo, podría ser comprar un inmueble al titular del dominio que aparece en el certificado de libertad, pero en el transcurso del negocio y registro de la nueva escritura se registró una orden judicial de embargo por extinción de dominio; en este caso, el comprador actuó de buena fé exenta de culpa, pues no solo cualquier persona del común hubiera actuado de la misma forma, sino que actuó con la conciencia de haber comprado al titular sobre el que no tenía ninguna sospecha de que estuviera siendo investigado por comisión de delitos y además, adquirió un bien que no estaba fuera del comercio. Cómo se probaría la buena fe? Aportando al proceso certificado de tradición y libertad y aportando prueba documental o

testimonial sobre la manera en que comprador y vendedor se conocieron o contactaron para el negocio.

La Corte Suprema de Justicia en memorable Sentencia de 23 de julio de 1958, con ponencia de Arturo Valencia Zea, estableció seis casos en los cuales se aplica la buena fé exenta de culpa:

- a) Adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales (art. 947 , C.C.)
- b) La condición resolutoria de los contratos no manifestada en título que ha sido registrado en la Oficina de Registro, no afecta al tercero que adquiera el bien, cuando esta se cumpla (art. 1548 C.C.).
- c) Nulidades de contratos de sociedad frente a terceros de buena fe.
- d) Los efectos de negocios simulados frente a terceros (art. 1766, C.C.).
- e) Pagos hechos a un falso acreedor (art. 1634, inciso 2° C.C.).
- f) Herederos o legatarios putativos reconocidos por decreto judicial (art. 766, C.C.).

7.5.4. *El error común hace derecho*

El error es la discordancia o no correspondencia entre nuestro pensamiento y la realidad. Si es error invencible y general (quiere decir que cualquier persona medianamente prudente lo comete), hace que la simple apariencia se convierta en realidad para el ordenamiento jurídico. Un ejemplo típico de este PGD consiste en comprar en un establecimiento abierto al público, cosas o mercancías que han sido robadas, porque cualquier persona creería que está realizando una compra lícita.

En el latín se encuentra la expresión: *Error communis fit ius*, para señalar este principio, el cual se encuentra consagrado o reconocido en los arts. 947 y 2048 del C.C.

7.5.5. *La imprevisión de los contratos*

Aquí se aplica la regla *Rebus sic stantibus*, es decir que las partes contratantes deben mantener sus obligaciones en los términos en los términos en que se convinieron o pactaron. La imprevisión de los contratos como PGD, ocurre cuando se rompe el equilibrio o ecuación contractual debido a circunstancias extraordinarias, imprevistas y extracontractuales que hacen

muy difícil el cumplimiento del contrato o que trasladan un costo o carga adicional a una de las partes.

Se diferencia de la fuerza mayor porque esta no es difícil de cumplir, sino imposible de evitar. Los requisitos del principio se pueden señalar de la siguiente manera:

- Ocurrencia de hechos extraordinarios durante la ejecución del contrato
- Estos hechos deben ser posteriores a la celebración del contrato
- Hechos que no hayan podido ser previstos por las partes
- Se hace difícil cumplir el objeto contractual pues resulta muy oneroso para la parte obligada, perdiendo para esta todo sentido y finalidad.

La imprevisión debe alegarse y probarse ante una instancia judicial, si no existe acuerdo entre las partes. Un ejemplo típico sería el caso de un contrato para abrir un túnel, y el contratista se encuentra con una roca o material inusual, no previsto en los estudios iniciales, cuya perforación aumenta el costo del proyecto reduciendo o eliminando la ganancia o expectativas del contratista.

En la legislación colombiana, este principio está consagrado en el art. 2060 del código civil; el art. 868 del C.Co. y el art. 50 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual prescribe que: *“Todo contrato laboral es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica (...)”*; en este caso como se señaló, si no hay acuerdo para revisar los términos del contrato, se acude a la justicia laboral. Jurisprudencialmente, se puede consultar la Sentencia 1994-00448-01(14392) de 10 de noviembre de 2005, del Consejo de Estado, C. P. Alíer Hernández

7.5.6. Nadie puede alegar su propia culpa

Este principio señala que nadie será escuchado cuando alega ante la justicia sus propias faltas, sus actos ilícitos, su dolo o torpeza para obtener un derecho o perjudicar a otro. El aforismo en latín señala que *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*. En este sentido, el juez desechará las pretensiones de quien alega su propia torpeza o culpa, como sería el caso de un hombre que pidiera el divorcio invocando la causal de infidelidad o embriaguez habitual que él mismo ha cometido, o en un contrato, pedir nuevo plazo justificando olvido u otra causal inaceptable.

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos este PGD en el C.C., art. 156 (en causal de divorcio, sólo lo puede pedir cónyuge que no haya dado lugar a causal), art. 1525 (no se puede repetir lo pagado por objeto o causa ilícita, a sabiendas), art. 1744 (si un incapaz hace contrato con dolo, no puede pedir la nulidad); La Corte Suprema de Justicia en providencia del 23 de julio de 1958, estableció que los culpables por dolo, son indignos de ser escuchados por la justicia; La Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria, reconoce este principio como una regla reductible a la Constitución.

7.5.7. *Fraude a la ley*

Se presenta cuando alguien procede conforme a la ley, pero lo hace para violar otra ley. Hay entonces una ley defraudada (la que se evade o evita) y una ley de cobertura (da apariencia legal al acto fraudulento); de este modo, se busca dar una apariencia de legalidad al acto, pero en realidad este carece de licitud por haber sido realizado con el fin de eludir una norma imperativa que lo prohíbe (Torres Vásquez, s.f.).

El refrán latino es el siguiente: *Fraus omni corrupti* (el fraude todo corrompe). El fraude no se presume, se debe probar por quien lo alega. Un ejemplo sería el siguiente: una persona vende lo que tiene y lo hace conforme a la ley pero lo hace para insolventarse y no pagar una deuda, lo que constituye una conducta reprochable que puede dar origen a un proceso por el delito de alzamiento de bienes.

8. LA EQUIDAD

Consiste en la adaptación de la norma jurídica a los casos concretos de tal modo, que se evite una decisión injusta con la aplicación rígida del precepto; por ello, se afirma que la equidad es la justicia del caso particular, realizando una función de corrección del derecho.

Para Aristóteles, el carácter abstracto y general de la ley conduce a la necesidad de la equidad, por dos motivos: 1) la imposibilidad de establecer una ley sobre determinadas cosas y 2) la imposibilidad de que la ley pueda prever las particularidades de todos los casos (Aristóteles, 1953); entonces la equidad es lo justo más allá de la ley escrita, es mirar la intención del legislador y no la letra de la ley. De esta manera, permite conciliar el carácter abstracto, rígido, frío y general de la ley con las particularidades y detalles del caso concreto,

de tal manera que la norma no termine siendo injusta, si no se consideran las especiales circunstancias del caso.

Como PGD, la equidad debe distinguirse de la equidad referida al género o “equidad de género”, pues este es otro concepto o idea concerniente al derecho a un trato justo en las relaciones entre los diferentes géneros de la especie humana; como un conjunto de ideas, creencias y valores: “... *que tienen que ver con las diferencias sexuales, la igualdad, el género y la justicia entre mujeres y hombres. El objetivo primordial consiste en la igualdad de oportunidades entre ambos géneros en los distintos sectores englobados en la sociedad*” (Aragón, 2018, pág. 1). Hoy en día, sin embargo, la discusión del género parece superar el binario masculino/femenino u hombre/mujer.

La equidad es entonces, un sentimiento innato de justicia que está por encima de lo justo legal; es una conciencia jurídica aplicada a casos concretos de justicia y se encuentra recogida en los siguientes aforismos latinos, la primera atribuida al emperador Claudio *Aequitas praefertur rigori* (la equidad se prefiere al rigor) y *In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit* (en todo asunto especialmente en administración de justicia, la equidad debe ser considerada).

En nuestro ordenamiento jurídico la aplican los jueces de la República, los jueces de paz y los árbitros y la hallamos contemplada en el artículo 230 de la C.P. (como criterio auxiliar para los jueces); el art. 32 del C.C. (la equidad natural como criterio de interpretación de la ley en casos oscuros o contradictorios); el art. 5° de la Ley 153 de 1887 (función de interpretación, sirve para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar leyes oscuras o incongruentes); el art. 43 del C.G.P. autoriza al juez de la República para resolver procesos en equidad, bajo dos condiciones: 1) Si se trata de derechos disponibles, y 2) Si las partes lo solicitan o la ley lo autoriza. De lo anterior se han establecido tres funciones de la equidad:

- a) *Función correctora de la ley.* Corrige rigidez de la norma jurídica y permite llegar a una decisión justa, pero sin llegar a la laxitud total. El juez recurre a la equidad pero esta no es meramente una convicción meramente subjetiva o arbitraria, debe tener un fundamento objetivo en los hechos y circunstancias del caso.
- b) *Función interpretativa de la ley.* Es un criterio auxiliar para develar el significado y alcance de la norma jurídica.

- c) *Función integradora del derecho*. Al ser un PGD, la equidad permite llenar vacíos y lagunas y garantizar de este modo, la unidad del sistema jurídico.

Para finalizar esta breve presentación sobre la equidad, queda establecer la relación entre la equidad y los PGD. Algunos la consideran como un PGD y otro no. Veamos estos planteamientos.

- 1) *La equidad no se puede identificar como un PGD*. Esta tesis es defendida por autores de la escuela Italiana como PACCHIONI o ROTONDI; la equidad es un llamado para el juez “A su inspiración de ciudadano probo y honesto”, por ello, no le obliga a inspirarse en los PGD sino a elegir en el caso práctico aquellos matices que no tienen su fundamento específico en una disposición expresa, ni pueden dar origen a un principio general del sistema por inducción (es decir, no se pueden generalizar). Entonces la equidad no es un proceso de aplicación desde lo abstracto a lo concreto como sucede con los PGD, sino que delega en el juez o árbitro la facultad de aplicar su apreciación jurídica al caso.
- 2) *La equidad es un principio PGD*. Tesis defendida por los doctrinantes OSILA, MAGGIORI y MAYNEZ; se fundamenta en los siguientes argumentos: i) Es el primero de los PGD, el supremo ya que sirve de base a todos los otros; ser justos tanto legislador como juez, es un principio del derecho; en este punto, justicia se equipara a equidad en el sentido de dar a cada uno lo que le corresponde; ii) dado que la ley es expresión auténtica de la equidad, la equidad es concebible con el procedimiento de abstracción de los PGD; iii) la equidad es la fuente del derecho por excelencia, por ello es innecesario que el legislador la mencione pues está íncita dentro del derecho porque es un PGD.

En nuestro país, predomina más la posición señalada en a), debido a que nuestros preceptos constitucionales y legales diferencian entre la equidad y los PGD; por ello, en el presente texto se ha seguido esta posición.

8. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

9.1. Concepto y origen

Son principios y reglas generales que establecen el sentido, alcance y pertinencia para que se puedan aplicar directamente las normas constitucionales. La doctrina constitucional surge porque algunas normas contenidas en el texto constitucional tienen una vocación hacia la individualización y aplicación directa, aunque lo usual es que pasan por una fase previa de desarrollo legal en el congreso o parlamento, pero no siempre es así cuando:

- a) No lo requieren. Tal cual sucede con ciertos derechos fundamentales de aplicación inmediata (art. 85 C.P.)
- b) El legislador no hace su tarea. Se pospone el desarrollo legislativo, pero debe darse una solución a casos en donde está implicada una norma de la constitución. Por ejemplo, la legislación sobre las acciones populares tardó varios años en ser expedida luego de entrar en vigencia la Constitución de 1991, y mientras tanto, se aplicaron directamente las normas de la Constitución.

Por lo anterior, las normas constitucionales (valores, principios y reglas) pueden ser aplicadas a situaciones específicas subsumidas en ellas, por los jueces en sus fallos. Esta función compete única y exclusivamente a los tribunales y cortes constitucionales que en cada Estado, sea la máxima autoridad en materia de derecho constitucional; para el caso colombiano, es la Corte Constitucional el intérprete autorizado de la constitución.

9.2. Doctrina constitucional y jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la doctrina constitucional no es la jurisprudencia:

- En el caso de la doctrina constitucional, la norma que se aplica es la constitución en últimas, mientras que en la jurisprudencia, se aplican las reglas extraídas de decisiones uniformes de las Cortes en su labor de interpretación de las normas tal y como se analizó en la parte correspondiente a la jurisprudencia.
- La doctrina constitucional, solo “ilumina” al juez para que pueda aplicar las normas constitucionales, pero como se dijo, al final de todo el juez termina aplicando la constitución.

9.3. Funciones de la doctrina constitucional

Cumple dos importantes funciones: i) *Función integradora del derecho*: Porque gracias a la doctrina constitucional, se recurre a aplicar directamente las normas constitucionales cuando hay vacío, laguna o no haya norma aplicable (art. 8° Ley 153 de 1887); ii) *Función interpretativa*: sirve para interpretar la constitución y en general, las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad (art. 241 C.P., arts. 4° y 5° Ley 153 de 1887).

9.4. Obligatoriedad de la cosa juzgada y la doctrina constitucional

De acuerdo con el art. 243 de la C.P. los fallos de la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que implica:

- Tienen efectos *erga omnes*
- Obliga para casos futuros, aunque ha habido fallos con efectos retroactivos sobre leyes que mientras se realizaba el control y se declaraba su inconstitucionalidad, producían efectos considerados injustos.
- No pueden ser objeto de nueva controversia, salvo que se presenten nuevos desarrollos normativos (fuentes formales) o cambien las condiciones sociales (fuentes materiales).
- Los operadores jurídicos quedan obligados por sus efectos.

Una cuestión importante es determinar si es obligatoria toda la sentencia o parte de ella. En cuanto a la parte resolutive es obligatoria de manera explícita, y entratándose de los fundamentos o consideraciones que guarden relación directa con la decisión (*ratio decidendi*), son criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas en general. (art. 48, Ley 270 de 1996; Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996).

En cuanto a la doctrina constitucional utilizada para precisar el alcance y contenido de los derechos fundamentales en los procesos de revisión de tutelas (sentencia “T” o “SU”), la Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia C-037 de 1996 que “...sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo”, lo que es congruente con lo señalado en el art. 320 de la C.P.

Bibliografía

- Aragón, R. (2018). *Equidad de género*. Obtenido de <https://www.esalud.com/equidad-genero/>
- Aristóteles. (1953). *La Retórica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Falcón, E. (2003). *Tratado de la Prueba. Civil, comercial, laboral, penal, administrativa*. . Buenos Aires: Astrea.
- García Maynez, E. (2002). *Introducción al estudio del Derecho, 53a Edición*. México: Editorial Porrúa.
- Jiménez, W. G. (2015). *Globalización Jurídica. Estado-Nación y Territorio*. Bogotá: Universidad Libre.
- Mesa, V. N. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 9° Edición*. Bogotá: Temis.
- Moscol, D. (s.f.). *La integración Jurídica*. Obtenido de http://files.uladech.edu.pe/docente/40289752/Introduccion_a_la_Ciencia_Juridica/Sesion_12/Contenido%2012.PDF
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Noguera Laborde, R. (1996). *Introducción General al Derecho*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Torres Vásquez, A. (s.f.). *Qué es el fraude a la ley?* Obtenido de <https://www.adeprin.org/que-es-el-fraude-la-ley-bien-explicado-por-anibal-torres-vasquez/>

PROVIDENCIAS

- Consejo de Estado, Sentencia 1994-00448-01(14392) de 10 de noviembre de 2005, C. P. Alir Hernández
- Corte Constitucional, Sentencia Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía
- Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía
- Corte Constitucional, Sentencia C- 540 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía
- Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo

Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia SU-837 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda

Corte Constitucional, Sentencia C-1007 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas

Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2008, M.P. Juan M. Cepeda

Corte Constitucional, Sentencia T-014 de 2009, M.P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-148 de 2011, M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo

Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011 M.P. Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-527 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de julio de 1958, M.P. Arturo Valencia Zea