

La doctrina establecida en los tribunales en sus sentencias (jurisprudencia, como es costumbre llamarla entre nosotros) no es hoy en nuestro derecho ni en otros sistemas continentales o inspirados en ellos fuente autónoma del derecho, al menos en teoría. En los sistemas anglosajones, en cambio, las decisiones de los tribunales forman la fuente más significativa del derecho, como ya se dijo (p.78).

- La que afirma que la jurisprudencia solo es creadora cuando el juez llena una laguna de la Ley (Monroy, p.169).

En Colombia, la jurisprudencia está consagrada en el Artículo 10 de la Ley 153 de 1887, modificado por la Ley 169 de 1989, Artículo 4º, que dispone: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, 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 que juzgue erróneas la decisiones anteriores”.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en fallo de constitucionalidad condicionada, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de esta Sentencia (C-836 de octubre 9 de 2001).

### *La doctrina*

Según Ossorio (1981), la doctrina es el “conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho, que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas”. Y agrega, seguidamente, que la doctrina “tiene importancia como fuente mediata del derecho; ya que el prestigio y autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del Legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes” (p.262).

Para Capitant (1979), doctrina, en sentido estricto, es la “opinión particular compartida por uno o más jurisconsultos sobre un punto controvertido de derecho” (p. 233). García Maynez (2003), por su parte, expone: “Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad

de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación” (p.76). Al considerar que la doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de particulares –agrega el autor– sus conclusiones no tienen carácter obligatorio por importante que sea el prestigio del jurista o por profunda la influencia que sus ideas ejerzan sobre el autor de la Ley o las autoridades encargadas de aplicarlas.

La doctrina orienta la actividad de los jueces y de los legisladores al momento de dictar sus fallos y de reformar las instituciones, respectivamente, y se presenta como un importante aporte al desarrollo y progreso del derecho. En opinión de algunos autores, la doctrina no puede considerarse actualmente como fuente de derecho sino como autoridad o como medio auxiliar para desentrañar el verdadero sentido de las normas jurídicas. Sobre el particular expresa Latorre (1972):

La doctrina científica, es decir, las opiniones expresadas por los juristas en sus escritos no son tampoco hoy consideradas como fuente de derecho. Se le reconoce solo el rango de medio auxiliar para la determinación y la comprensión de las normas jurídicas, pues los juristas no pueden crear normas, sino simplemente ayudar a identificar las ya existentes o a interpretarlas adecuadamente. Su influencia es persuasiva, deriva del valor intrínseco de los argumentos que cada jurista emplee y no de ninguna disposición legal. Sería, sin embargo, un error, partiendo de ese dato exacto, desconocer la importancia práctica que tiene hoy la doctrina (p.80).

Otros autores de opinión contraria expresan que la doctrina puede transformarse en fuente formal del derecho, en virtud de una disposición legislativa que le otorgue tal carácter. Las opiniones de ciertos jurisconsultos ilustres de la Roma imperial, por ejemplo, –afirma García Maynez– “eran obligatorias para el juez por disposición expresa del emperador” (p.76). Significa lo anterior, que no existe entre los juristas un criterio unánime que determine si la doctrina es o no fuente de derecho y que en la actualidad persiste la discusión en uno y otro sentido.

### **Bibliografía**

- Aftalión, E R. & Vilanova J. (1994). *Introducción al derecho*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Abeledo-Perrot, Editorial Presencia Ltda.
- Bobbio N. (2005). *Teoría general del derecho*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

- Betti E. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. [De los Mozos J. L., Trad.]. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Capitant (1979). H. (1979). *Vocabulario jurídico*. [Guaglianone A. H., Trad.]. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Carbonnier J. (1960). *Derecho civil*. [Zorrilla Ruiz M. M., Trad.]. Tomo I, Vol. I. Barcelona, España: Bosch, Casa Editorial.
- Código Civil. Bogotá, Colombia: Editorial Legis S. A.
- Código de Procedimiento Civil (2010). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer. Código General del Proceso (2012) Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Código de Comercio (2002). 17ª Edición Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Código de Comercio español (1997). Vigésima primera edición. Madrid, España: Editorial Civitas S. A.
- Código Civil de la República Argentina (2003). Buenos Aires, Argentina: Lexis-Nexis Abeledo-Perrot.
- Código Civil de la República de Chile (2005). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Diccionario Jurídico Espasa (1998). Madrid, España: Editorial Espasa Calpe, S. A.
- García Maynez E. (2003). *Introducción al estudio del derecho*. 5ª Edición. México: Ediciones Esquilo Ltda.
- Garrigues J. (1987). *Curso de derecho mercantil*. Tomo I. 7ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Josserand L. (1952). *Derecho civil*. Tomo I. Vol. I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Latorre A. (1972). *Introducción al derecho*. 5ª Edición. Barcelona, España: Ediciones Ariel S. A.
- Monroy Cabra M. G. (1998). *Introducción al derecho*. 11ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S. A.
- Muñoz López L. A. (1993). *Derecho romano comparado con el derecho colombiano*. Bogotá, Colombia: Igratal Ltda.
- Narváez J. I. (2002). *Derecho mercantil colombiano*. 9ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Nino C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 11ª Edición, Barcelona, España: Editorial Ariel S. A.
- Ossorio M. (1981). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Petit E. (1988). *Derecho romano*. 4ª Edición. [Fernández González D. J., trad.] México: Editorial Porrúa S. A.
- Recasens Siches L. (1993). *Introducción al estudio del derecho*. 10ª Edición. México: Editorial Porrúa S. A.

- Ripert G. (1988). *Tratado elemental de derecho comercial*. [De Solá Canizares F., Trad.]. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Labor.
- Rojas González G. (1996). *Teoría del derecho*. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- Salcedo Segura J. (2006). *Teoría general del derecho civil*. Tomo I. Bogotá, Colombia; Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Valencia Zea A. (1979). *Derecho civil*. Tomo I. 8ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

### **Jurisprudencia**

- Sentencia C-224 (1994, 5 de marzo). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-836 (2001, 9 de octubre) Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.





# La hermenéutica jurídica

Olga Lucía Troncoso Estrada

## I. Integración del derecho

El denominado *principio de la plenitud hermenéutica* significa que el orden jurídico debe ofrecer solución a todo conflicto que se le plantee. Contrario a lo sostenido por el formalismo jurídico, el orden jurídico no contempla solución normativa para todas las situaciones que puedan presentarse, además que las normas pueden ser, en ocasiones, ambiguas, contradictorias u oscuras. En efecto, esta corriente positivista sostiene, según señala Carlos Santiago Nino (2003), “que el orden jurídico es siempre completo –o sea no tiene lagunas–, consistente –no presenta contradicciones–, preciso –sus normas no son vagas ni ambiguas–. En suma, el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible” (p.36).

Es claro que lo anterior está completamente alejado de la realidad. El Legislador no puede prever todos los posibles conflictos que lleguen a presentarse y por ende, no puede contemplar todas las posibles soluciones normativas. Por otra parte, desde que el Legislador se vea precisado a utilizar el lenguaje para expresar su voluntad normativa, es innegable que se presenten ambigüedades, contradicciones o pasajes oscuros en la norma. Pero el hecho de que estas circunstancias sean evidentes, es decir, que existen situaciones de hecho no previstas por el Legislador o normas respecto de las cuales no es fácil desentrañar el verdadero propósito del mismo, no implica que deba ser negado el principio de plenitud del ordenamiento jurídico del que antes habláramos.

En efecto, este principio es fundamental en todo sistema. Implica entonces que todo conflicto debe encontrar solución en el Derecho. En consecuencia, el mismo ordenamiento debe señalar los mecanismos para

llenar los llamados vacíos de la Ley o para interpretar el verdadero sentido de la norma. De esto se ocupa la denominada hermenéutica jurídica.

En sentido general, se entiende por hermenéutica el arte de interpretar un texto. El término proviene del griego, específicamente del nombre de uno de los dioses de la mitología griega: Hermes, quien era considerado el mensajero de los dioses. De ahí que de su nombre se haya derivado la palabra hermenéutica, la cual, se reitera, es el arte de interpretar los significados ocultos. Aplicado el término en el campo jurídico, nos lleva a señalar que el objeto de la hermenéutica jurídica es buscar el verdadero sentido y alcance de las normas jurídicas.

Sobre la función de la hermenéutica jurídica ha dicho uno de los autores colombianos que se ha ocupado a fondo del tema, el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra (1988), en la introducción al Curso de Capacitación para Jueces de la República, preparado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla:

El propósito del estudio de la Hermenéutica Jurídica es dotar a los jueces de conocimientos que les permitan desentrañar el verdadero sentido y alcance de las normas jurídicas en orden a una más justa y técnica aplicación del Derecho. Es indudable que el orden positivo vigente a la vez que debe eliminar las posibles contradicciones existentes entre algunas de sus normas, debe también suplir las deficiencias presentes en el cuerpo de las mismas (p.19).

Como se ha encargado de precisar la doctrina, la función del juez se circunscribe a: Aplicar la norma al caso concreto; interpretar el sentido, alcance y finalidad de la norma que se aplica; integrar el orden jurídico cuando encuentra una laguna o vacío legal. A continuación nos ocuparemos de su función como integrador del orden jurídico, al hacer uso de los mecanismos que la misma Ley señala cuando se encuentra con un vacío legal.

### **¿Qué se entiende por integración del derecho?**

Las lagunas del Derecho, o mejor, de la Ley, corresponden a los casos jurídicos que no tienen una solución establecida en la Ley. Todo ordenamiento jurídico tiene vacíos en su regulación normativa. Para llenar estos vacíos, existen los procedimientos de integración. Doctrinantes como Bobbio (2005) señalan que para hablar de plenitud del ordenamiento jurídico, este debe tener una norma para cada caso que pueda presentarse.

Afirma el autor: “Por ‘plenitud’ se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente ‘laguna’ (en uno de los sentidos de la palabra ‘laguna’), plenitud significa ‘ausencia de lagunas’” (p.208). Diferimos de lo anterior, al considerar que al hablar de plenitud del ordenamiento jurídico se hace referencia a que no hay situación que no esté regulada por el Derecho, sin que ello signifique que exista una norma para cada situación posible. Es decir, para hablar de plenitud solo basta que el ordenamiento contemple la forma de llenar los posibles vacíos legales. Razón tienen quienes señalan que existen vacíos legales pero no vacíos del ordenamiento, pues al presentarse un vacío legal, el ordenamiento señala formas de llenar el mismo. A estas técnicas se les ha denominado: *procedimientos de integración*.

Cierto sector de la doctrina ha contemplado que estos procedimientos de integración no estén reglados por el ordenamiento. Propugnan, entonces, por la facultad que debe tener el juez para llenar estos vacíos legales según su criterio. Bobbio (2005) se refiere así, sobre el particular:

El libro de Ehrlich, ya citado, es una de las expresiones más significativas de la revuelta contra el monopolio estatal del derecho, que se desarrolló casi simultáneamente en Francia y en Alemania a fines del siglo pasado, y que se le conoció con diferentes nombres, pero especialmente con el de *escuela del derecho libre*. El blanco de esta tendencia es el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Si se quiere atacar el fetichismo legislativo de los juristas, es necesario acabar ante todo con la creencia de que el derecho estatal es completo. La batalla de la escuela del derecho libre contra las diferentes escuelas de la exégesis es una batalla por las lagunas. ¿Acaso los comentaristas del derecho positivo no afirmaban que el derecho no tenía lagunas, y que el deber del intérprete era únicamente el de hacer explícito lo que estaba ya implícito en la mente del Legislador? Sin embargo, los partidarios de la nueva escuela afirman que el derecho positivo está lleno de lagunas, y que para llenarlas es necesario confiar principalmente en el poder creativo del juez, o sea, de quienes están llamados a resolver los infinitos casos que suscitan las relaciones sociales, más allá y por fuera de toda regla preconstituida (p.213).

Otro sector de la doctrina propugna por un método de integración reglado. Implica ello que a diferencia de la concepción anterior, el juez no tenga amplia libertad al momento de llenar los vacíos legales. Por el contrario, esta tendencia señala que deben existir reglas en este sentido que el



juez debe observar. Así explica lo anterior García Maynez (2003), otro de los tratadistas que se han ocupado del tema:

Los desenvolvimientos realizados en el capítulo precedente nos condujeron a la conclusión de que la Ley tiene lagunas, si bien el derecho no puede tenerlas. La existencia de estas marca el límite de la tarea del intérprete, como tal. Cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del Legislador.

¿Cómo debe proceder para colmar los vacíos de las fuentes formales? Comúnmente, la misma Ley prevé la posibilidad de las lagunas, e indica a los jueces de qué medios han de echar mano, a fin de llenarlas [...] Lo primero que el intérprete ha de investigar es si en el ordenamiento legal al que se halla sometido existen o no reglas generales de integración. Si existen, deberá sujetarse a ellas; en caso opuesto, habrá de aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda. Lo dicho demuestra que no es indispensable que en un ordenamiento legal figuren aquellas reglas, para que la tarea jurisdiccional pueda cumplirse. Como el juez tiene en todo caso el deber de resolver las contiendas, dentro del ámbito de sus atribuciones, la insuficiencia de la Ley no puede relevarlo de tal obligación (p.366).

En nuestro ordenamiento estos procedimientos de integración se encuentran reglados, es decir, se consignan normas que indican al juez el procedimiento a seguir en caso de existir un vacío legal. Estas normas son los Artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887, que señalan lo siguiente:

Artículo 8. Ley 153 de 1887: Cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

Artículo 13. Ley 153 de 1887: La costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana constituye derecho a falta de legislación positiva.

Lo anterior implica que en caso de existir un vacío legal, el juez debe, en primer lugar, buscar una norma que regule un caso semejante. Este procedimiento de integración se conoce como Analogía, la que pasamos a estudiar a continuación.

## Analogía

La analogía consiste en aplicar a un caso no previsto en la Ley, la norma que rige otro caso semejante o análogo, cuando exista la misma razón para resolverlo de igual manera. Es un procedimiento de integración, ya que para hablar de analogía se requiere:

- Que exista una situación de hecho para la cual el ordenamiento jurídico no haya contemplado una solución.
- Que exista otra situación de hecho prevista por el Legislador que guarde con la primera ciertos elementos comunes.
- Que en razón a lo anterior, sea posible dar solución a la primera de las situaciones, aplicando la solución legal contemplada por el Legislador para la segunda de ellas.

Así explica García Maynez (2003) cómo opera el razonamiento analógico: “En el razonamiento analógico o por analogía de que un objeto A’ coincide con otro objeto A” en ciertas notas, a, b, c, que son comunes a ambos, se concluye que A” poseerá también la nota “p” que sabemos posee A”. Es un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo” (p.367). El autor así ejemplifica la situación:

Ejemplo:

| Precepto legal       | caso previsto | caso no previsto |
|----------------------|---------------|------------------|
| Supuesto: a, b, c, d | a, b, c, d    | a, b, c, e.      |

Luego García define esta figura jurídica:

La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la Ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a este las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro solo hay una identidad parcial (pág. 369).

Según este autor, es equivocado afirmar que la norma que rige el caso previsto se aplica por analogía al caso no previsto, porque aquello que se aplica al caso no previsto es una norma nueva que contempla las mismas consecuencias jurídicas de la norma prevista. Por lo tanto, no debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva, ya que en este último caso, el supuesto de hecho no comprendido en el texto de la norma

guarda identidad de principios con el que se contempla, por ello puede afirmarse que este supuesto de hecho se encuentra comprendido en el espíritu de la norma. Así explica Bobbio (2005) esta diferencia:

Pero ¿cuál es la diferencia entre la analogía propiamente dicha y la interpretación extensiva? Se han ideado varios criterios para justificar la distinción, pero creo que el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por esta (p.237).

### ***Clases de analogía***

Al considerar que si la norma que se toma como fundamento del razonamiento analógico se encuentra en el mismo cuerpo legal que se ocupa de regular la materia a que se refiere el caso no previsto o, por el contrario, se ubica en todo el ordenamiento, es posible hablar de dos clases de analogía:

- *Analogía Legis*: La solución se busca en otra disposición legal o en otro complejo de disposiciones legales.
- *Analogía Juris*: La solución se busca en el conjunto de la legislación vigente, o sea en todo el sistema legal.

### ***Presupuestos para que opere la analogía***

Como señalamos anteriormente, para poder hablar de aplicación analógica, debe partirse de ciertos presupuestos:

- Entre el caso no previsto y el previsto, debe existir cierta identidad por tener elementos comunes, como ya explicamos.
- La analogía no se aplica cuando el caso concreto regulado por la Ley constituya una excepción a una regla general, porque entonces es la regla general la que se aplica y no la excepción.
- La analogía no se aplica cuando se trata de sanciones.

El primer presupuesto ya está suficientemente aclarado. En cuanto al segundo, es perfectamente claro que cuando una norma contempla una excepción a un caso general, se debe a que considera este caso particular y, por ende, merecedor de un tratamiento especial. En estas condiciones, no puede extenderse este tratamiento particular a casos que el Legislador

no contempló como tales. En cuanto al tercer presupuesto, obedece al denominado *principio de legalidad de los delitos y de las penas*, erigido como principio constitucional y según el cual, nadie puede ser sancionado si no existe previamente una norma que considere la conducta como reprochable y contemple la sanción respectiva. En este orden de ideas, si aceptáramos aplicar por analogía una norma que contempla una sanción, estaríamos apartándonos del principio anterior. Esto nos permite hablar de otra clasificación de la analogía, particularmente en materia penal. En este campo, es posible distinguir entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*.

- *Analogía in malam partem*, que implicaría aplicar a casos no previstos en la Ley figuras delictivas o sanciones previstas legalmente para otros casos o circunstancias de agravación punitiva. No se aplica ya que como se indicó anteriormente, viola el principio de legalidad de los delitos y de las penas.
- *Analogía in bonam partem*, por el contrario, implicaría aplicar al caso no previsto legalmente una causa de exención del delito o de la pena, o una circunstancia de atenuación punitiva. Como vemos, en este caso no se violaría el principio de legalidad de los delitos y las penas del que se habló anteriormente, porque al seguir otro de los principios constitucionales (el principio de favorabilidad), es perfectamente posible aplicar el razonamiento analógico.

### **La costumbre como mecanismo de integración**

El segundo de los mecanismos de integración previstos por nuestro ordenamiento, es la costumbre. Ello implica que ante un vacío legal, si no es posible recurrir a la analogía para suplirlo, el juez debe acudir a la costumbre para hacerlo. Sobre la costumbre ya se habló suficientemente al tocar el tema de las fuentes del Derecho, por eso en esta oportunidad diremos que con estos fines, el juez solo puede acudir a la conocida costumbre *praeter legem* o supletoria, ya que esta, precisamente, suple los vacíos o lagunas de la Ley.

### **Principios constitucionales**

Como tercer mecanismo de integración, se contemplan los denominados principios constitucionales. Por estos se entienden aquellos postulados



que consagra la Constitución como fundamento de todo su sistema jurídico. Un sector de la doctrina se refiere a ellos como *valores constitucionales*, pero independientemente de la denominación que se les señale, corresponden, como ya se indicó, a las finalidades y aspiraciones que persigue el grupo social. Sobre ellos afirma Iván Vila Casado (2004):

Los valores constitucionales representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Suponen el sistema de las preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva; se trata de opciones ético sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural (p.334).

Se consideran un mecanismo de integración del derecho, ya que ante un vacío legal que no puede ser suplido mediante la analogía, el juez puede acudir perfectamente a estos valores o principios constitucionales para fundar en ellos su decisión. Entre ellos, pueden citarse como ejemplo:

- La función social del Estado.
- Igualdad ante la Ley.
- Separación de las ramas del poder público.
- Reconocimiento de los derechos humanos.
- Función social de la propiedad.
- Intervencionismo estatal.
- Economía dirigida pero aceptando la iniciativa privada.

### **Principios generales del derecho**

Sobre la naturaleza de los principios generales del Derecho se ha discutido mucho. Algunos los han considerado como derecho natural, otros como normas generales, o como principios propios del derecho romano. Una concepción que nos permita comprender su importancia, los considera como aquellos principios superiores que son la base o sustento de todo el ordenamiento jurídico, pero que no deben ser confundidos con los principios constitucionales, a los cuales nos referimos anteriormente, ya que estos constituyen las aspiraciones axiológicas del Estado en particular, en tanto, estos pueden ser considerados como inherentes a la naturaleza humana, y por tanto ajenos a la organización política como tal. Sobre este concepto, señala García Maynez (2003):

Determinar qué deba entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica. Sostienen algunos autores que el método para descubrirlos consiste en ascender, por generalización creciente, de las disposiciones de la Ley a reglas cada vez más amplias, hasta lograr que el caso dudoso quede comprendido dentro de alguna de ellas (p.370).

Se consideran igualmente un mecanismo de integración, pues a ellos recurre el juez ante la falta de norma expresa que regule la solución a un determinado conflicto. Analizaremos a continuación algunos de estos principios generales del derecho.

### **Algunos principios generales del derecho**

#### ***Principio del enriquecimiento sin causa***

Según este principio, a nadie le es lícito obtener ventajas patrimoniales a expensas de la lesión de otra persona. Implica, entonces, que no es lícito que un patrimonio se incremente a costa de otro sin que exista una causa que justifique este hecho. Este principio, como tal, no tiene consagración legal. No obstante, varias normas del ordenamiento lo desarrollan y jurisprudencialmente se ha consagrado, al tener como fundamento el concepto de equidad y justicia.

*Elementos.* Que exista un enriquecimiento y un empobrecimiento correlativo; que el enriquecimiento se realice sin justa causa; que quien haya sufrido el empobrecimiento no tenga una acción distinta de la acción *in rem verso*. Sobre este principio, tratadistas como Marco Gerardo Monroy Cabra (1998) han señalado:

Según este principio, a nadie le es lícito obtener ventajas patrimoniales a expensas de la lesión de otra persona. Los antiguos expresaron este principio con el aforismo latino *nemine locupletari licet cum alterius iniuria vel iactura* [...] El enriquecimiento sin causa se produce cuando un patrimonio recibe un aumento a expensas de otro, sin causa que lo justifique. Los Artículos 2310 y 2311 del Código Civil contienen algunas aplicaciones del enriquecimiento sin causa [...] Si bien no hay un texto expreso que consagre esta teoría, la jurisprudencia universal lo ha aceptado con fundamento en la justicia, que sería quebrantada si no se reconoce el valor de cualquier provecho que obtenga el patrimonio de una persona sin justa causa mediante el esfuerzo de otra (p.340).

Como bien lo señala el doctor Monroy Cabra, no encontramos texto legal que nos hable de este principio. El mismo ha sido creación de la jurisprudencia al dar aplicación a varios artículos del Código Civil que consagran la posibilidad de impedir este detrimento patrimonial en beneficio de otro, cuando no haya causa legal que lo justifique. El Artículo 1947 del Código Civil que consagra la figura de la lesión enorme, es una aplicación de este principio general. Sobre este se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera:

Ahora bien, conforme a lo señalado en el numeral anterior es menester subrayar que la novedosa pretensión planteada en el recurso extraordinario relativa al enriquecimiento sin causa, tal y como ha sido estructurada por la jurisprudencia nacional e internacional, reclama como uno de sus elementos definitorios e integradores, 'que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción *in rem verso* el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él deberá sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia', doctrina esta que no hace más que reiterar el anunciado carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa -o injustificado-, no solamente con arraigo en la esfera patria, sino también en el Derecho Comparado, en general, como se acotó, en el que se tiene establecido que la acción en comento es un típico 'remedio supletorio', *a fuer* de 'extraordinario' y, en modo alguno, una vía paralela encaminada a suplir -o a subvertir- los recursos y los procedimientos fijados con antelación por el ordenamiento jurídico (Sentencia de Casación Civil, 1999, 10 de diciembre).

### ***El principio de la buena fe***

No existe un concepto claro de aquello que se entiende por *buena fe*. Para comprender el mismo, usualmente se recurre al concepto contrario, es decir, a *la mala fe*, entendiendo por ella, el obtener beneficios o ventajas contrariando los usos sociales y las buenas costumbres. Se distingue entre:

*Buena fe simple.* Cuando solo exige una conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta. Es la que se exige normalmente en los negocios.

*Buena fe cualificada o exenta de culpa.* Cuando no basta esta simple conciencia de obrar correctamente, sino que exige dos elementos: Uno sub-



jetivo, es decir, la conciencia de que se obra con lealtad y un objetivo, la seguridad de que se trata con el titular de un derecho. Este principio impregna todo el Derecho y es común a todos los ordenamientos jurídicos. Si bien no tiene una definición legal, sí es consagrado expresamente en varios textos legales. Así, por ejemplo:

Artículo 769 C.C.: La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.

Artículo 83 de la Constitución Política: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Artículo 1603 C.C: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la Ley pertenecen a ella.

### ***Principio del Rebus sic stantibus o teoría de la imprevisión***

Este principio general se fundamenta en lo conocido como *Teoría de la imprevisión*, según la cual, en los contratos de ejecución sucesiva se entiende incorporada tácitamente una cláusula en la que las partes condicionan las obligaciones adquiridas en razón al mismo, a que persistan las condiciones de hecho existentes al momento de perfeccionarse este.

Podría considerarse este principio como una excepción a otro de los principios generales del cual hablaremos a continuación y que se ha conocido como Pacta Sunt Servanda, ya que si bien se acepta como lo reza el mencionado principio que los contratos son Ley para las partes, ello no impide que el contrato pueda ser modificado por decisión judicial, cuando con posterioridad a su celebración surgen hechos imprevistos que desequilibran la relación jurídica surgida entre las partes. Para que opere el principio, se exigen, no obstante, algunos requisitos: 1). Tales hechos deben ser extracontractuales e imprevistos; 2). Se aplica solo a los contratos en ejecución; 3). El hecho imprevisto no necesariamente debe imposibilitar el cumplimiento del contrato. Basta simplemente que se rompa el equilibrio contractual.

Sobre esta máxima, el doctor Monroy Cabra (1998) señala: “Se observa que la imprevisión debe formularse, probarse, discutirse en el proceso, y solo se acepta como un remedio de aplicación extraordinaria por



la ocurrencia de graves circunstancias que hacen que sea insoportable la carga de la obligación para una de las partes contratantes” (p.345). Igualmente, el doctor Carlos Lasarte (2003) señala sobre esta cláusula:

No son totalmente extraños los supuestos en que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de la celebración del contrato. Dichos supuestos plantean graves problemas de justicia material, a los que el derecho –de alguna forma– debe hacer frente, aunque las partes no se hayan ocupado de preverlos o no exista una norma concreta dirigida a su resolución.

Ante semejante eventualidad, la doctrina y la jurisprudencia españolas han hablado tradicionalmente de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* como remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta, en el sentido de entender implícito o subyacente en todo contrato de tracto sucesivo un pacto, en virtud del cual el cumplimiento del mismo se entiende necesario siempre y cuando las cosas sigan manteniéndose tal y como se encontraban en el momento de la perfección del contrato (p.173).

### ***Principio del error communis facit ius. El error común crea derecho***

Este principio ha sido definido por el profesor Monroy Cabra (1998) en los siguientes términos: “Cuando es fruto de un error invencible y común a un grupo de personas, la simple apariencia se convierte en realidad” (p.346). Ello implica que cuando una situación de hecho se ha ocasionado como fruto de un error común a un grupo importante de personas sin que estas hayan tenido la posibilidad de evitarlo, las consecuencias de esta situación se tornan reales y amparadas por el Derecho.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha precisado así el alcance de este principio, en Sentencia citada por Monroy Cabra (1998): “Para la aplicación de la regla *error communis facit ius* se requieren estos requisitos: a) que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí colectivo; b) que el error haya sido invencible, o sea, que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido” (p.347). Por lo tanto, para hablar de este principio, se requiere que se presenten estas circunstancias: Que se haya incurrido en un error invencible, excusable, colectivo, exento de culpa y en el que se haya incurrido de buena fe. Como aplicaciones a este principio, podemos citar

las siguientes normas: Artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1633, 1634, 1940, 1944, 2140 y 2199 del C.C.

### ***Principio del fraude a la Ley***

Este principio implica que no es lícito que alguien, deliberadamente, se apoye en la situación fáctica que describe una norma, buscando con ello fines distintos a los que persigue la misma. Sobre este principio, nos señala la Monroy Cabra (1998):

El fraude a la Ley supone la utilización de medios para obtener resultados contrarios al espíritu y finalidad de la Ley. En el derecho internacional privado, el fraude a la Ley consiste en que una persona, fraudulentamente, consigue colocarse en una situación tal que pueda invocar las ventajas de una ley extranjera, a la que, normalmente no podía recurrir (p.348). Como lo afirma el autor, supone entonces la utilización de medios para obtener resultados contrarios al espíritu y finalidad de la Ley.

### ***Principio del abuso del derecho***

Este principio parte de que a toda persona se le reconoce la posibilidad de ser titular de derechos, pero como tal, está obligada a ejercerlos ya que al abstenerse de hacerlo puede causar perjuicio a otros. Igualmente señala que el ejercicio de estos derechos debe ejercerse dentro de límites razonables, ya que extralimitarse igualmente puede causar perjuicio a la sociedad o a terceros. Como lo señala el doctor Monroy Cabra (1998):

La teoría del abuso del derecho es una reacción contra el absolutismo de los derechos. El individualismo jurídico predicaba la soberanía del individuo, y la voluntad era la fuente de efectos jurídicos. En el ejercicio de sus derechos el individuo actuaba como le placía y sin ninguna finalidad social. Según esta tesis, el ejercicio de los derechos solo se limitaba por la prohibición legal: lo que no se prohíbe, se permite, y quien ejerce un derecho, a nadie ofende. Si al ejercer un derecho se causa daño a una persona, el autor del perjuicio no es responsable, ya que se limita a ejercer una facultad que la Ley le ha concedido. Solo se concedía indemnización en casos dolosos o culposos, pues regía el aforismo *Neminem laedit suo iure utitur*.

Esta concepción fue abandonada, y en su lugar surgió la teoría de la relatividad de los derechos. Los derechos deben ejercerse según su finalidad, buscando la destinación para la cual el derecho ha sido creado y según un criterio de utilidad social. Se observó que cada derecho tiene su razón de ser

y su finalidad socio-económica y que, por ende, no puede ser absoluto sino relativo. Así fue como nació la teoría del abuso del derecho, en virtud de la cual se sanciona expresamente al que sin derecho causa daño a otro (p.349).

Por lo tanto, podemos hablar de abuso del derecho en dos circunstancias: Cuando el derecho se ejerce de una manera distinta a su concepción y cuando se ejerce por fuera de los límites señalados al mismo. Son ejemplos del abuso de derecho, el embargo excesivo de bienes, la denuncia temeraria, el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, el abuso del derecho de propiedad, etc. Sobre este principio, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Cuando el actor, pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida, incurre en abuso del derecho, generador de responsabilidad civil y, por consiguiente, en tal caso habrá que indemnizar al deudor así perjudicado. E igualmente, habría abuso del derecho siempre que a petición del acreedor se embarguen en exceso bienes del deudor (Sentencia de Casación Civil 081, 1995, 2 de agosto).

### ***Principio del Nemo propiant turpitudinem allegans potest***

Este aforismo traduce que nadie puede alegar en su favor su propia culpa; implica que nadie debe escudarse ante la justicia, alegando sus propias acciones. El principio general es que a nadie se le permite aprovecharse en su beneficio particular del dolo o mala fe cometido o de su propia torpeza, especialmente cuando tal aprovechamiento busca perjudicar a otro. Son aplicaciones de este principio, los Artículos 156 y 1744 del C.C.

### ***El principio de la equidad***

La equidad es otro de los conceptos básicos del derecho alrededor del cual se suscitan múltiples discusiones. Para algunos consiste en la adaptación de la norma a los casos concretos procurando la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la Ley y las particularidades que el mismo presenta. Según Aristóteles, citado por Monroy Cabra (1998), la equidad desempeña un papel correctivo. Es un remedio para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la Ley. Sobre el concepto de equidad, el autor señala: “La equidad no significa sino que se dé una solución justa a los casos concretos” (p.331). Otros autores como García Maynez (2003) afirman de la equidad:



Es un remedio que el juzgador aplica, para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la Ley. Las leyes son, por esencia, enunciados generales. Por amplias que sean no pueden abarcar todos los casos. Hay múltiples situaciones que escapan a la previsión del más sagaz Legislador. La aplicación fiel de una norma a una situación determinada, podría resultar, a veces, inconveniente o injusta. En tales circunstancias, debe el juez hacer un llamamiento a la equidad, para atemperar los rigores de una fórmula demasiado genérica. La equidad es, por consiguiente, de acuerdo con la concepción aristotélica, una virtud del juzgador (p.373).

Empero, el juez no puede abandonar la norma para acudir a la equidad. Solo le es permitido acudir a esta cuando la norma no es clara o cuando no existe norma legalmente aplicable al caso. Son fundamento del principio de equidad, las disposiciones contenidas en el Artículo 32 C.C. y Artículo 5, Ley 153 de 1887.

### ***El principio de la autonomía de la voluntad***

Este es un principio básico del derecho privado. Implica que son los individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas. Sobre este principio se ha señalado por parte de Renato Scognamiglio (1996):

La noción de autonomía privada o negocial no se identifica dentro de esta nueva perspectiva con la libertad del querer, tal como pudiera pensarse por quien adhiriera a la concepción voluntarista. Sino que, conforme a su más correcto significado y prescindiendo de la posición de principios que quiera adoptarse frente al concepto de negocio, alude al poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales (p.19).

Con fundamento en este principio se edifica toda la teoría del contrato. Pero como sucede con otros de los principios enunciados, este no es absoluto. Así, se reconocen ciertos límites al mismo, pues en algunos contratos la intervención del Legislador se realiza con el fin de garantizar un mínimo de justicia en la relación que surja entre los contratantes, como sucede en el contrato de trabajo. Sobre estas limitantes a este principio, se pronuncia el autor antes citado:

La noción de libertad y autonomía no puede asimilarse a la de mero arbitrio, por lo cual, y sin contradecirse, siempre supone límites, ante todo