

Referencias

- Aftalión, E. & Vilanova, J. (1994). *Introducción al Derecho*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Carnelutti, F. (2004). *Cómo nace el Derecho*. [Sentis Melendo, S. & Ayerra Redín, M., Trad.]. 3ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Carbonnier, J. (1960). *Derecho civil*. Tomo I. Volumen I. Barcelona, España: Editorial Boch.
- De Tranzegnies Granda, F. (1993). *Postmodernidad y Derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Engels, F. (s. f. /1891). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Bogotá, Colombia: Ediciones Génesis.
- Farina, J. M. (1999). *Contratos comerciales modernos*. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Florián, V. (2002). *Diccionario de Filosofía*. 1ª Edición, Bogotá, Colombia: Panamericana Editorial Ltda.
- García Máynez, E. (2003). *Introducción al estudio del Derecho*. 37ª Edición. México: Ediciones Esquilo Ltda.
- González Morfín, E. (2004). *Temas de filosofía del Derecho*. 2ª Edición, México: Editorial Luminosa S. A.
- González Ramírez, A. (1997). *Introducción al Derecho*. 6ª Edición, Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Josserand, L. (1952). *Derecho civil*. [Cunchillos & Manterola S., Trad.]. Tomo I. Volumen I. Buenos Aires, Argentina: Boch y Compañía Editores.
- Larroumet, Ch. (2006). *Derecho civil*. [Larroumet Ch., trad.]. Bogotá Colombia: Legis Editores.
- Monroy Cabra, M. G. (1998). *Introducción al Derecho*. 11ª Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.
- 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.
- Pizzorusso, A. (1987). *Curso de Derecho Comparado*. Barcelona, España: Editorial Ariel S. A.
- Radbruch, G. (1997). *Introducción a la filosofía del Derecho*. [Roces W., Trad.]. México: Fondo de Cultura Económica.
- Valencia Zea, A. (1979). *Derecho civil*. Tomo I. 8ª Edición: Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Las fuentes del Derecho

Gentil Eduardo Gómez Peña

Concepto

Fuente, en sentido lato, significa génesis, nacimiento, manadero; por consiguiente, fuente en sentido jurídico significa causa o nacimiento del derecho, o también “fundamento o modo de creación de las normas jurídicas existentes o reconocidas en una sociedad” (Diccionario Jurídico Espasa, 1998, p.436). El estudio de las diferentes formas de creación del derecho se realiza generalmente bajo el epígrafe *fuentes del derecho*.

El término *fuerite*, afirma Claude De Pasquier (citado por Monroy, 1998), “crea una metáfora bastante feliz, pues remontar la fuente de un río es buscar el lugar en el que sus aguas brotan de la tierra; de igual modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho” (p.113). En derecho romano -afirma Petit (1988)- se distinguen entre fuentes del derecho *escrito* y las de derecho *no escrito*. El derecho escrito proviene de las siguientes fuentes:

- Las leyes o decisiones votadas por el *pueblo*, en los *comicios*, sobre la proposición de un magistrado senador. En sentido general, era toda regla obligatoria.
- Los *plebiscitos* o decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* sobre la proposición de un tribuno.
- Los *senadoconsultos*, decisiones tomadas por el Senado.
- Las *constituciones imperiales* que emanaban de la voluntad del emperador.
- Los *edictos de los magistrados*, es decir, las reglas de derecho que los magistrados encargados de la justicia civil, sobre todo los pretores, publicaban en sus edictos al entrar en funciones.

- Las *respuestas de los prudentes*, o dictámenes de los jurisconsultos. El derecho no escrito tiene solo una fuente: la costumbre (p. 22).

En época moderna, los autores han elaborado diferentes definiciones sobre las *fuentes del derecho*. Según Bobbio (2005): “Son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas” (p.158). Es decir, que el origen de las normas jurídicas se encuentra en aquellos hechos o actos jurídicos que el ordenamiento tiene establecidas para producirlas. Para Savigny (citado por Aftalión y Vilanova, 1994), aunque según otro autor, su concepto ya no es satisfactorio pero no por ello deja de tener importancia, las *fuentes jurídicas* son “las causas del nacimiento del derecho en general, o sea, tanto las *instituciones* jurídicas como de las *reglas* jurídicas” (p.628). Este autor hizo distinción entre derecho *general* y derecho *particular* y entre derecho como *realidad* y derecho como *norma*. Posteriormente, al seguir la línea de pensamiento de Kelsen (citado por Monroy, 1998), identificó el término *fuentes* en sentido jurídico, con *fundamento de validez*. Según este jurista, “las fuentes no serían, por lo tanto, diversas al derecho mismo: serían las propias normas jurídicas, en cuanto sirven de fundamento de validez al proceso de creación normativa” (p.112).

Para algunos autores la expresión *fuentes del derecho* es ambigua, pues se emplea para designar diferentes fenómenos. Así, Kelsen (citado por Osorio, 1981) afirma que la expresión se utiliza para hacer referencia a:

1º Razón de validez de las normas. En este sentido la norma superior es *fuentes* de la inmediatamente inferior. 2º Forma de creación de la norma. Así el acto legislativo es *fuentes de la Ley*; el acto de sentenciar lo es de la sentencia; la costumbre, de la norma consuetudinaria, etc. 3º Forma de manifestación de las normas. La Constitución, la Ley, los decretos, serían en este sentido *fuentes del derecho*. 4º Por último, se habla de *fuentes* como el conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, etc., que determina la voluntad del Legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica (p.328).

Legaz y Lacambra (Citado por Monroy, 1998), se refiere también a la ambigüedad de la expresión *fuentes del derecho* por la variedad de significados que se le atribuyen y menciona las siguientes acepciones:

- Fuente de lo que históricamente es o ha sido derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.).
- Fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.).
- Autoridad creadora del derecho histórico actualmente vigente (Estado o pueblo).
- Acto concreto creador del derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.).
- Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta.
- Forma de manifestar la norma jurídica (ley, decreto, costumbre).
- Fundamento de un derecho subjetivo (p.112).

Finalmente ha indicado la doctrina, que esta locución también se emplea ‘para referirse a los instrumentos materiales para saber el derecho existente (*fuentes de conocimiento*), así como a los fundamentos en que puede hacerse descansar una pretensión o derecho subjetivo’ (Diccionario Jurídico Espasa, 1998, p. 436).

Esta variedad de sentidos de la expresión *fuentes del derecho*, así como de manera análoga ocurre con las palabras *derecho* y *ley*, es la que origina la ambigüedad que advierte la doctrina que pueden ocasionar equívocos en las discusiones doctrinarias (Nino, 2003, p.14-148). Sin embargo, la opinión más generalizada sobre el concepto de dichas fuentes es la que se entiende como causa, origen o nacimiento del derecho, aunque, como lo indica la doctrina, el tema de las fuentes del derecho ha sido objeto de muchos debates, pese a lo cual, puede decirse que sobre él no hay un acuerdo definitivo (Aftalión y Vilanova, 1994, p. 627).

Principios de las fuentes del derecho

La doctrina española menciona cuatro principios¹¹ fundamentales que soportan e inspiran la teoría de las fuentes del derecho, que son:

1 Para la doctrina positivista, los principios generales del derecho “son aquellos que históricamente y en forma contingente han inspirado u orientado una legislación determinada”. Y, para la corriente iusnaturalista, la expresión *principios generales del derecho* se refiere a los “principios universales y eternos de justicia” (Monroy, 1998, p.325). Respecto de la *función* de los principios generales del derecho, la doctrina española se ha expresado así: “Dos, pues, son los ámbitos de los principios generales: ser fuente del derecho de carácter subsidiario, pero también y fundamentalmente, informar al ordenamiento jurídico, por ello, también a la Constitución, que es parte del ordenamiento” (Diccionario Jurídico Espasa, 1998, p.437)

Unidad y jerarquía del ordenamiento²

La unidad del ordenamiento se consideró como algo natural hasta la época codificadora. Los códigos considerados normalmente como materialización escrita de la expresión del derecho natural universal, bajo la perspectiva inherente y opuesta a las monarquías absolutas, trajeron como consecuencia inevitable la disgregación del derecho en una pluralidad de derechos nacionales.

Surgió entonces la necesidad de sustituir la unidad del derecho universalmente considerado, por la unidad del ordenamiento dentro de sus fronteras referida a todos y cada uno de dichos ordenamientos. Esta unidad, así entendida, precisaba un orden jerárquico de las normas que le sirvieran al juzgador determinar el criterio para aplicar las diversas normas jurídicas que le evitaran en sus decisiones contradicciones y dudas. Esa jerarquía se fijó tanto con respecto a normas de distinto origen, o jerarquía de las fuentes en sentido propio, como respecto de normas de igual origen, o jerarquía en sentido impropio. Dicha jerarquía se fijó así: 1. La ley. 2. La costumbre y 3. Los principios generales del derecho.

En época actual, la mayoría de los Estados consideran que la formulación del derecho es obra casi exclusiva del Legislador. Solo en Inglaterra y en los países que han recibido su influjo predomina la costumbre. La creciente tendencia hacia la codificación del derecho tiene explicación en la necesidad de obtener seguridad jurídica.

Primacía de la Ley

Este principio informa que en el ámbito técnico jurídico, debe concederse primacía a la norma legislativa por razones de previsión, claridad y seguridad, lo cual significa que la costumbre y los principios generales

2 Nino (2003), al estudiar el tema del *orden jerárquico de las normas que integran un sistema jurídico* dice que las normas que integran un sistema jurídico se suelen ordenar según ciertos niveles de jerarquía. Dicho ordenamiento –agrega– está relacionado tanto con el tema de la pertenencia de las normas de un sistema como con el de las fuentes del derecho. La cadena de validez formada sobre la base de las normas que autorizan la creación de otras ofrecen una ordenación jerárquica de las normas. Y, precisa: “Sin embargo, esa ordenación comprende un aspecto parcial de los sistemas jurídicos, puesto que solo nos permite decir que una norma es inferior a la que autoriza su creación, pero no refleja los diferentes niveles que puede haber entre normas cuya creación está autorizada por normas distintas, ni refleja tampoco la diferente jerarquía que puede darse entre normas cuya sanción está permitida por una única norma o por un conjunto de normas de un mismo nivel (por ejemplo, la Constitución autoriza tanto la sanción de leyes como las sentencias judiciales, no obstante, lo cual se considera que ambos tipos de normas tienen jerarquía diferente” (p.153).

del derecho solamente son aplicables en defecto de la Ley. Entendida la Ley, en sentido amplio, como toda norma con origen estatal, se reconoce dentro de ella un conjunto de clases sujetas a un rango preferente para su aplicación.

Sujeción a normas reconocidas³

El reconocimiento de la norma supone también para el Legislador el deber de ajustarse a un procedimiento preestablecido, conforme al cual puedan dictarse las normas. “Una Ley es sancionada mediante un conjunto de actos dirigidos a ejecutar el procedimiento prescripto para su creación” (Nino, 2003, p. 148). Así, para que una Ley pueda ser aplicada debe ser publicada, pues la Ley secreta no es Ley.

Libertad de interpretación⁴

La sujeción a las normas no entraña para el juzgador verse privado de la inherente libertad intelectual para desentrañar el verdadero sentido de la norma⁵ (Diccionario Jurídico Espasa, 1998, p.436).

Clasificación de las fuentes del derecho

Cada sistema jurídico tiene su propia ordenación de fuentes, aunque el elaborado por algunos guarde semejanza con el de otros. Al considerar la variedad de *causas* u *orígenes* que por vía de doctrina se pueden indicar

3 Nino (2003), al referirse a las reglas de reconocimiento, afirma: “Son las reglas que sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no. Establecen los criterios de identificación del derecho. Una regla de reconocimiento simple sería, por ejemplo, la que dijera: son derecho en este país todas las reglas dictadas por el legislador A o por quien él autorice” (p.91).

4 Emilio Betti (1975), al tratar el tema de la *Interpretación en la vida del derecho* expresa: “La interpretación que interesa al derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico [...], que son fuente de valoraciones jurídicas, o que constituye el objeto de semejantes valoraciones”. Este autor indica a continuación qué se entiende por *fuentes de valoraciones jurídicas* y por *objeto de valoraciones jurídicas* que menciona en su concepto de interpretación que se acaba de reproducir, así: “Fuente de valoración jurídica son normas jurídicas o preceptos a aquellas subordinados, puestos en vigor en virtud de una determinada competencia normativa. Objeto de valoraciones jurídicas pueden ser declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica según las normas y los preceptos en aquel contenidos y que tengan a su vez contenido y carácter preceptivo, como destinados a determinar una ulterior línea de conducta” (p.95).

5 En derecho colombiano, el Código Civil dedica el Capítulo IV del Título Preliminar al tema de la *interpretación de la Ley*.

como fuentes del derecho, los autores, dando un sentido más preciso al tema, han hecho distinción entre fuentes *materiales* y fuentes *formales*.⁶

Fuentes materiales

Son variados los conceptos que los autores han elaborado sobre esta fuente del derecho. Según Abelardo Torré (Citado por Monroy, 1998) son fuentes materiales o reales “los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas (culturales, económicos, gremiales, etc.) que el Legislador tiende a resolver, y, además, las finalidades o valores que el Legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla”⁷ (p.113). Aftalión (citado por Monroy, 1998), por su parte, define las fuentes materiales como “ciertos datos o hechos de la vida social (estándares axiológicos, convicciones, movimientos de opinión, declaraciones partidarias, etc.)” (p.113).

En suma, las fuentes materiales son problemas o hechos que surgen de la vida en sociedad y su regulación se precisa mediante normas de derecho positivo. En la vida social el Derecho va detrás de los hechos. Cuando ciertos hechos reiterados perturban la convivencia pacífica de los asociados y exigen una pronta solución, o el Estado requiere orientar la conducta de los individuos para fines propios del orden y el desarrollo

6 En derecho romano, las fuentes formales del derecho –afirma Muñoz (1993)– aparecen en diferentes épocas, que el historiador inglés Edward Gibbon compara con la vida del hombre: infancia, juventud, virilidad y senectud, así:

“1. Infancia del derecho.

Este período monárquico comprende desde la fundación de Roma hasta el Código Decenviral (a. 1 a 304 de Roma), y se distingue por el imperio de las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*), por el dominio de un derecho estricto (*ius strictum*) inspirado por los dioses, que no podía revocarse por ser de voluntad divina; por las leyes emanadas de los comicios curiados, centuriados y por tribus; así como por las ‘*leges regiae*’ basadas en principios morales y religiosos.

2. Juventud del derecho.

Este período comprende desde la Ley de las Doce Tablas hasta el fin de la República (304-723 de Roma) y se caracteriza por la reivindicación de los derechos de la clase plebeya, la interpretación del derecho y la humanización del mismo.

3. Virilidad del derecho.

Este período representa la época clásica y el desarrollo del derecho privado. Comprende desde el advenimiento del imperio hasta Alejandro Severo (723 de Roma a 235 de J. C.).

4. Senectud del derecho.
La ciencia del Derecho llega a su ocaso por circunstancias sociales, religiosas, jurídicas, militares y políticas que se presentan en este período, el cual abarca desde Alejandro Severo hasta la muerte de Justiniano (265-565 de J. C.) y corresponde al bajo imperio, caracterizado por las codificaciones” (p.43 y ss).

7 En el mismo sentido, García Maynez (2003), p51

social, el Legislador debe proveer normas jurídicas que permitan cumplir el objetivo propuesto.

Fuentes formales

Son fuentes formales “aquellos hechos o actos a los cuales se les atribuye una específica aptitud para crear normas jurídicas. Así, el procedimiento formal establecido para que el Congreso sancione una Ley hace de las leyes fuentes formales” (Aftalión y Vilanova, 1994, p.632). O también, según Bonnecase (Citado por Monroy, 1998) son “las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho” (p.114). Algunos autores clasifican las fuentes *formales* en cuatro grupos: a) La Ley. b) La costumbre. c) La jurisprudencia. d) La doctrina (Aftalión y Vilanova, p.647-689). No obstante, advierten que la doctrina y la jurisprudencia no son fuentes del derecho en sentido estricto, sino que han sido catalogadas como *autoridades*⁸. Ciertos juristas, aunque conformes con esta clasificación, prefieren mencionar la *legislación* como fuente formal del derecho en vez de la *Ley*.

Algunos estatutos, como el Código Civil español, mencionan como fuentes del derecho la *Ley*, en su defecto la *costumbre*⁹ y a falta de esta, los *principios generales del derecho*¹⁰ (Artículo 1º). Pero sin lugar a dudas, sostiene la doctrina española, la principal fuente en derecho español es la Ley, tal como ocurre en todos los derechos del continente europeo y los de otros países por él inspirados, como los iberoamericanos y algunos asiáticos y africanos. En cambio, en el derecho inglés y en los que en él se inspiraron, como el norteamericano y el de muchas de las antiguas posesiones y dominios británicos, “la situación es distinta: también la Ley es fuente principal en el sentido de que sus normas prevalecen sobre cualquier otro origen; pero junto a ella y como elemento más significativo está la doctrina establecida en las sentencias de los tribunales, que constituye la base del *Common Law* y de la *equity* (Latorre, 1972, p.59).

8 Autoridades, entendido como criterios importantes y útiles que sirven, en caso de vacíos o lagunas, para interpretar una norma.

9 El numeral 3º del Artículo 1º del Código Civil español, expresa: “La costumbre solo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral, o al orden público y que resulte probada”.

10 El numeral 4º del Artículo 1º del Código Civil español, estipula: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

En derecho francés, las fuentes del derecho positivo son la *costumbre* y la *Ley*. La regla social -afirma Josserand (1952, Tomo I, Vol. I.)- tiene su fuente en la voluntad más o menos consciente de la colectividad. Pero este alumbramiento del derecho por la voluntad colectiva -agrega- “puede ser más o menos directo más o menos espontáneo; de ahí la distinción, tradicional y necesaria, de las fuentes del derecho en dos categorías: la *costumbre* y la *Ley*, tomados estos nombres en su más amplia acepción” (p.23).

De lo anterior se infiere que ciertamente no existe un criterio unificado respecto de las fuentes del derecho y que ellas se elaboran de acuerdo con la tradición jurídica y los fundamentos y principios que rigen cada ordenamiento. Explicamos a continuación cada una de las fuentes del derecho mencionadas en la clasificación mayoritariamente aceptada.

La Ley

Ley viene del latín lex. En derecho romano, según las Institutas de Justiniano, “Ley es lo que el pueblo romano, interrogado por un magistrado del orden senatorial, como el cónsul, constituía”. En el bajo imperio, Ley era la *constitución imperial*. En la Edad Media, el nombre de los verdaderos códigos como la Lex Romana Visigothorum (Ossorio, 1981, p.422). En concepto moderno se entiende por Ley, en sentido lato, “el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Legislador” (Capitant, 1979, p.344).

Existen dos clases de leyes: *ley natural* y *ley jurídica* o *norma*. La primera enuncia simplemente lo que *es*. La segunda, lo que *debe ser*. El verbo *ser* indica aquello que sucede con *necesidad absoluta* y los verbos *deber* y *ser*, aquello que sucede con *necesidad relativa*. La ley natural relaciona dos hechos: la *causa* y el *efecto*. Ocurrido un hecho (causa) necesariamente sucede otro (efecto), lo cual entraña que la ley natural nunca puede ser transgredida. Así, -afirma Valencia (1979)- “dadas ciertas condiciones atmosféricas (causa), llueve (efecto)” (p. 6). No es humanamente posible evitar un sismo o una tormenta, pero sí es factible prevenir que una persona cause la muerte a otra o que deje de cumplir sus obligaciones.

La ley jurídica o norma no refiere en ningún caso a hechos de la naturaleza porque de ella no es posible su reglamentación; en cambio, la conducta del ser humano (personas físicas o naturales) y de ciertas agrupaciones de seres humanos como una sociedad o un banco (personas jurídicas o morales), sí pueden ser gobernadas mediante normas jurídicas (Valencia, 1979). La norma jurídica -afirma Carbonnier (1960)- “es una

norma de conducta humana a cuya observancia puede constreñirnos la sociedad mediante una presión externa de mayor o menor intensidad”. De este modo –agrega el autor– según lo dispuesto en el Código Civil, “lo hijos deben alimentos a sus padres necesitados” (p.18).

La voluntad del ser humano es, en principio, libre y esto le permite desarrollar sus facultades naturales. Sin embargo, la sociedad se ve forzosamente obligada a limitar dicha libertad con el fin de garantizar el respeto a la libertad de las demás personas. De esto deriva la necesidad de dictar reglas que le garantice a cada miembro del cuerpo social un trato igual en el ejercicio la actividad que le es propia dentro de la comunidad. Esto indica que para gobernar las relaciones sociales, se requieren reglas precisas formuladas en textos dictados por autoridades investidas de este poder, a las que se les denominan *leyes*. El conjunto de estas leyes conforma el denominado *derecho positivo*. (Petit, 1988).

La Ley –afirma Rojas (1996)– “es una regla de comportamiento establecido por la autoridad, que de acuerdo con la Constitución Política tiene la potestad de mandar, prohibir o permitir un comportamiento, en toda la extensión de un Estado”. Las leyes –agrega– “son disposiciones de orden general y permanente, que abarca un sector indefinido de personas y de actos o hechos a las cuales se aplica” (p.108).

Origen social de la Ley

Un estudio cabal de la Ley exige indagar las causas y factores reales que han influido en su formación, las fuerzas sociales que la han promovido, los móviles y fines que la originaron. Se menciona así como origen de la Ley algunos casos en los que influye el *simple capricho o conveniencia personal*. Latorre (1972) ilustra este evento con un caso que ocurrió en Roma (año 49 d. C.) cuando un senado consulto autorizó el matrimonio entre tío y sobrina, pero mantuvo la prohibición anterior en relación con las uniones entre tía y sobrino e incluso entre el tío y la hija de la hermana. Tan extraña excepción a una regla general –afirma el autor– fue debida a que el emperador Claudio quería contraer matrimonio con Agripina, hija de su hermano Germánico.

También las leyes pueden tener origen, en extremo opuesto al indicado, en la imposición en forma casi automática por los *usos sociales* y la *mentalidad dominante en una sociedad*, de forma tal que el Estado no puede modificar la voluntad general y hacer cosa diferente de darle forma

jurídica, completar y perfilar el material que viene dado por la sociedad misma. Finalmente, otros casos más complejos se presentan cuando el origen no proviene ni del capricho personal del gobernante ni de las exigencias casi unánimes de la sociedad, sino que se entrecruzan a la hora de legislar intereses opuestos, grupos de presión distintos y exigencias contrarias. Frente a esta situación –afirma Latorre– “muchos han querido configurar el Estado como el supremo árbitro entre tales divergencias e incluso encontrar un criterio general para resolverlas. Se invoca así la mayor utilidad del mayor número, fórmula muy en boga en el pensamiento liberal del siglo pasado, o el bien común, criterio este firmemente anclado en la tradición católica” (1972, p.67-68).

Diversas acepciones de la Ley

La locución *Ley*, como afirma la doctrina, es notoriamente ambigua, pues tiene diversos significados. En sentido más amplio –afirma Latorre (1972, p.61)– se usa como equivalente a derecho, norma jurídica en general. En acepción más restringida, *Ley* significa norma jurídica impuesta autoritariamente por el Estado; y en significación específica, se designa solo un determinado grupo de esas normas dictadas por el Estado.

Aftalión y Vilanova (1994) también observan que la idea de ligamen o atadura que ha acompañado siempre el significado jurídico del vocablo *Ley*, se extendió luego al campo de las ciencias naturales y, en fin, al de las ciencias sociales. Así se habla hoy, a más de las ciencias jurídicas, de las leyes naturales o morales, de la ley de Dios, de leyes sociológicas, etc. Por consiguiente, en sentido amplio, según estos autores, la palabra *Ley* puede definirse como “la regla general que rige un número indeterminado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran” (p.648).

La Ley ha sido definida por muchos autores desde la antigüedad. Así, Aristóteles expresa que Ley es “el común consentimiento de la ciudad”. Para Gallo, “la Ley es lo que el pueblo manda y establece”. Y, conforme con Santo Tomás, Ley es la “ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada solemnemente por quien cuida la comunidad” (Citados por Monroy, 1998, p.125).

Los autores modernos también han elaborado diversas definiciones de la Ley, así: Para Ossorio (1981), Ley es “toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicables en determinado tiem-

po y lugar” (p.424). Según Aftalión y Vilanova (1994) Ley es “la norma general establecida mediante la legislación” (p.654). Finalmente, la Ley también se ha definido como: “Norma de derecho emanada del Estado, de forma escrita y con un procedimiento solemne” (Diccionario Jurídico Espasa, 1998, p.567).

En derecho colombiano, nuestro Código Civil define la Ley en los siguientes términos: “Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la Ley es mandar, prohibir o castigar” (Artículo 4º). Según esta definición legal, las leyes pueden ser imperativas, prohibitivas, permisivas, declarativas y dispositivas.

Son leyes *imperativas* aquellas impuestas a las personas de manera absoluta, quienes tienen que obedecerlas quiéralo o no y, por consiguiente, no pueden derogarse o modificarse por acuerdo entre particulares. Leyes *permisivas* son aquellas que ni ordenan ni prohíben algo, sino que simplemente facultan a las personas para que realicen o no, a su arbitrio, algún hecho. Es un llamado al respeto mutuo a los derechos del que cada cual es titular.

Leyes *declarativas* o *supletorias*, por oposición de las leyes imperativas, son aquellas destinadas a suplir el silencio u omisión de las partes en los casos en que estas no disciplina específicamente dichas relaciones, a pesar de que el principio de la autonomía privada autoriza la autorregulación de los intereses particulares. Estas normas se encuentran especialmente en materia de contratos y sucesión intestada por causa de muerte. Leyes *prohibitivas* son aquellas que mandan no hacer algo, prohíben o impiden determinada conducta, como las leyes penales (Monroy, p.126; Aftalión y Vilanova, p. 675).

La doctrina también afirma que la Ley es susceptible de las mismas divisiones que el derecho objetivamente considerado, y por lo tanto puede ser constitucional, civil, comercial, laboral, penal, etc. (Ossorio, p.424). La doctrina también ha determinado que la Ley debe entenderse en sentido *formal* y *material*.

La Ley en sentido *formal*, afirma Monroy (1998), “son aquellas dictadas por el órgano legislativo según el procedimiento establecido, pero que carecen de contenido de verdaderas leyes, v. gr. la Ley de honores” (p.126). Y, en sentido *material*, “son aquellas que dicta el órgano legislativo y reúnen las características propias y contenido de verdaderas leyes,

v. gr. la Ley de reforma agraria” (p.126). También, en opinión de Ossorio (1981), alude a “toda norma jurídica cuyo contenido regula una multiplicidad de casos, haya sido dictada o no por el órgano legislativo” (p.424).

Caracteres de la Ley

Algunos autores le atribuyen a la Ley las siguientes características:

- Debe ser justa. Debe ir encaminada al bien público en el momento histórico en que se dicta.
- Debe ser auténtica, o sea, que haya sido dictada por el órgano competente.
- Debe ser general, es decir, que sea dictada en beneficio de todos y para la observancia de todos los miembros sociales. La generalidad de la Ley es su connotación básica y esencial. La Ley regula en abstracto las conductas humanas sin hacer referencia específica a individuos en particular.
- Debe ser obligatoria, puesto que la Ley se dicta para que sea cumplida por todos so pena, en caso de inobservancia, de la aplicación de la sanción que la misma norma consagra (Ossorio, 1981).

Otros autores mencionan como caracteres de la Ley las siguientes: La obligatoriedad; la generalidad; la permanencia; es abstracta e impersonal; proviene del Estado y se reputa conocida (Monroy, 1998).

La legislación

Legislación en sentido lato, según Ossorio (1981), se entiende por tal “el conjunto o cuerpo de *leyes* por las cuales se gobierna un Estado o se regula una materia determinada” (p. 419). Quienes consideran que la *legislación* es una fuente del derecho (y la mencionan como tal) y no la *Ley*, estiman que esta es apenas el *producto* de la legislación y no la fuente misma; por consiguiente –afirman– la Ley no representa el origen del derecho sino el *resultado* de la actividad legislativa, y consecuente con este criterio sostienen que es la *legislación* y no la Ley, la más rica e importante de las fuentes formales del derecho en los países del derecho escrito¹¹ (García Maynez, 2003, p.52).

¹¹ Monroy sostiene que los autores clasifican las fuentes formales en cuatro grupos: La legislación, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.

La costumbre

Costumbre viene el latín *consuetudo*. Los autores han definido la costumbre de diversos modos. Así, para Abelardo Torré (Citado por Monroy, 1998), costumbre “es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes” (p.162). Du Pasquier (Citado por Monroy, 1998,) la define como “un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*” (p.162). Según Capitant (1979), la costumbre es una “regla de derecho que funda su valor en la tradición y no en la autoridad del Legislador” (p.171).

Aftalión y Vilanova (1994), por su parte, definen la *costumbre jurídica* como “la repetición de conducta en interferencia intersubjetiva (p.689)”. Estos autores ilustran su definición con el siguiente símil: “Así por ejemplo, podemos decir que una mujer casada tiene la costumbre de firmar agregando a su apellido de soltera el de su marido, pero si contemplamos la conducta de esa mujer en su interferencia con la de su esposo (en cuanto puede exigirle ese uso obligatorio del apellido marital), diremos que se trata de una costumbre jurídica” (p.689).

La costumbre es, en sentido lato, conducta repetida. La costumbre en sentido jurídico se le conoce con el nombre de *derecho consuetudinario*. La costumbre jurídica es un uso impuesto por una colectividad considerada jurídicamente obligatoria. Es reconocida como otra fuente del derecho acogida en muchos sistemas jurídicos con considerable importancia doctrinal e histórica. La costumbre es norma impuesta por el uso social, de origen popular y, con frecuencia, manifestada de manera no escrita. La costumbre, según Nino (2003), es la forma espontánea más clara en que pueden originarse las normas jurídicas. Esta surge de un reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad. Pero para que una norma consuetudinaria sea norma jurídica, esta debe formar parte de un sistema jurídico, es decir, tiene que ser reconocida por los órganos primarios del sistema¹² (p. 150).

En los modernos derechos estatales, la prevalencia de la Ley ha reducido la órbita de aplicación de la costumbre; en los sistemas de derecho

12 Nino (2003) menciona tres órganos primarios en los sistemas jurídicos desarrollados, así: “Los órganos encargados de crear y derogar normas generales del sistema (legisladores, en un sentido amplio); los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben (jueces en un sentido amplio); y los órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas (órganos policiales y de seguridad)” (p.108).

legislado la costumbre es apenas una fuente supletoria aplicable solo a falta de la Ley, aunque en los derechos primitivos, tanto históricos como actuales, ha tenido y tiene enorme importancia, pues en ellos la costumbre es la única o principal fuente de derecho (Latorre, p.71.) En estos sistemas el carácter subsidiario de la costumbre frente a la Ley es claro, pues la costumbre solo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que sea probada, que no sea contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. También en el derecho internacional la costumbre es fuente básica.

El fundamento de la costumbre

El fundamento de la costumbre, una de las agudas polémicas de la doctrina jurídica, tiene su origen, según algunos autores, en la Escuela Histórica del Derecho¹³ cuyo principal exponente fue Savigny, quien regentó el pensamiento jurídico alemán en gran parte del siglo diecinueve e irradió muchos otros ordenamientos del orbe, tomando la costumbre como la piedra angular de su concepción del derecho. Para Savigny, afirma Latorre (1972):

El derecho, como el lenguaje y otras manifestaciones culturales, era el producto espontáneo del espíritu popular, el famoso *Volksgeist* que se manifiesta originariamente en la costumbre. Conforme aumenta la complejidad de la vida social se hace necesaria la aparición de un estamento social especializado en la ‘interpretación’ de ese espontáneo derecho popular y de esa mentalidad de la comunidad. Tal tarea corresponde a los juristas (p.73).

Nace así, agrega este autor, un nuevo tipo de derecho, el derecho de los juristas, que no es otro que el antiguo *derecho consuetudinario*, ahora

13 La Escuela Histórica del Derecho es una corriente doctrinal de origen alemán. Surgió en el siglo diecinueve y sostiene que el origen del derecho se encuentra en la evolución histórica de los pueblos, cuyo espíritu se manifiesta originalmente en forma de *costumbres y tradiciones*. Sus principales exponentes son el jurista alemán Carlos Von Savigny, y su continuador Federico Puchta. Savigny sostenía que dentro del derecho positivo existía, y por consiguiente, debía tenerse en cuenta un elemento relativo o histórico. Esta escuela surge como reacción contra la legislación racionalista que aportan la Revolución Francesa y Napoleón y particularmente en oposición al movimiento codificador que pretendía unificar los cuerpos normativos; contradice a la Escuela Filosófica que sostiene que en derecho positivo solo imperan elementos racionales o abstractos. La Escuela Histórica del Derecho combate el modo racionalista y abstracto de concebir el derecho del iusnaturalismo, según el cual hay un derecho válido universalmente deducible por la razón de una naturaleza humana siempre igual. Para la escuela histórica –afirma Bobbio (2005)– “el derecho no se deduce de principios racionales, sino que es un fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del pueblo, es decir, que el fundamento del derecho no es, para decirlo con una expresión que se ha vuelto famosa, la naturaleza universal, sino el *espíritu del pueblo* (*Volksgeist*), de lo cual se desprende que haya tantos derechos cuantos pueblos con sus diferentes características y en sus diversas fases de desarrollo” (p.34). Ver también Salcedo (2006, p.250).

más refinado, con técnica propia pero con el mismo fundamento, el espíritu popular, que ahora se expresa a través de los juristas.

La Ley, como creación normativa del derecho por parte de los órganos estatales, es complementaria en los casos en que sea necesaria excepcionalmente la fijación discrecional de ciertas normas. Así, según la Escuela Histórica de Savigny, la costumbre, entendida como la expresión más auténtica de la consciencia colectiva, en la que se sustenta el derecho consuetudinario, tiene su fundamento, igual que este, en el *espíritu popular*. Del mismo modo, la nueva concepción del derecho, el derecho de los juristas, ideado por este autor quien tomó la costumbre como centro de toda su concepción del derecho, tiene su fuente en ella.

Clasificación de la costumbre

Tradicionalmente, según la doctrina, la costumbre se ha clasificado en interpretativa, supletoria y contraria a la Ley. La costumbre *interpretativa* o *secundum legem* (según la Ley) es aquella que se forma de acuerdo con la Ley, con fundamento en ella y se ajusta a sus previsiones. Sirve para corroborar y desarrollar los preceptos legales. La costumbre *supletoria* o *praeter legem*, es aquella que regula relaciones no contempladas en la Ley y está llamada a llenar las lagunas legales. Las normas que de ella emanan no se oponen a las prescripciones del derecho escrito sino que las complementan, y se aplican subsidiariamente cuando la Ley autoriza su aplicación.

La costumbre *contraria a la Ley* o *contra legem* es aquella que está en abierta oposición a las normas legales. Según algunos autores, esta costumbre en principio carece de eficacia, pero en ocasiones produce efectos jurídicos especialmente en materia comercial. En algunos ordenamientos, como el argentino, no se admite la costumbre contraria a la Ley. Ahora, según el territorio que comprendan pueden ser generales, locales, nacionales y extranjeras (Monroy, p.165; Ossorio, p.182).

La costumbre en derecho colombiano

En derecho colombiano es preciso distinguir entre la costumbre civil y la comercial. *La costumbre en materia civil*. El Artículo 13 de la Ley 153 de 1887 que refiere a la costumbre como fuente de derecho dispone: “La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”.

La Corte Constitucional mediante fallo de efectos condicionados declaró exequible esta norma en el entendido de que la expresión *moral cristiana* significa *moral general* o *moral social* (Sentencia C-224 de mayo 5 de 1994). El Artículo 8° del Código Civil refiere a la costumbre contra la Ley, y expresa: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la Ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”. De acuerdo con esta disposición legal, en Colombia igual que en derecho argentino,¹⁴ no se admite la costumbre *contra legem*.

De otro lado, el Artículo 189 del Código de Procedimiento Civil que alude a la forma cómo debe de probarse los usos y la costumbre, precisa que esta y aquellos deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios. Esta norma fue modificada por el nuevo Código General del Proceso que en el Artículo 178 dispone: “Los usos y costumbres aplicables conforme a la Ley sustancial deberán acreditarse con documentos, copias de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios”. Esta nueva disposición legal suprimió la palabra *auténticos* y agregó la frase: *copias de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia*.

*La costumbre en materia mercantil.*¹⁵ Según la doctrina, las costumbres de los mercaderes fueron compiladas, precisadas y luego llevadas a los estatutos de las ciudades libres. Se afirma por ello que “la costumbre es la fuente directa más antigua del derecho mercantil” (Narváez, 2002, p.115). El derecho comercial fue, por mucho tiempo, un derecho pura-

14 El Artículo 17 del Código Civil argentino dispone: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente” (2003, p.12). El Código Civil chileno, más categórico aún, dispone: “Artículo 2°. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remite a ella” (2005, p.30).

15 La costumbre en materia mercantil, afirma la doctrina, “es tratada desde un punto de vista positivo, ya que es equiparada a la misma autoridad de la Ley comercial. La costumbre es producto de una actuación permanente, habitual y repetitiva. La costumbre mercantil contiene un elemento objetivo o material y otro psicológico o subjetivo. El primero es la práctica efectivamente realizada de una conducta comercial determinada dentro de un medio social específico. El segundo es la intención de estar obrando con convicción. El uno es un elemento práctico, en tanto que el otro es intencional” (Leal Pérez, C. Co. 2002, p.11).

En ordenamientos jurídicos como el francés y el español no se menciona la costumbre como fuente del derecho comercial sino los *usos*. (Ver Ripert, 1988, Tomo I, p.36 y Garrigues, 1987, p.117, respectivamente). El Artículo 2° del Código de Comercio español dispone: “Los actos de comercio sea o no comerciantes los que los ejecute, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas, por el derecho común”.

mente consuetudinario, pues no existía redacción alguna de las costumbres comerciales y, aún después de codificada, continúa teniendo gran importancia para dar solución a aquellos casos en que la reglamentación legal es insuficiente.

La costumbre lleva ínsita la verdadera autoridad de la experiencia que orienta las nuevas tendencias que plantea el acelerado ritmo de la actividad mercantil y permite decantar el derecho para abandonar fácilmente aquellas prácticas entradas en desuso y acoger aquellas que resulten más útiles en las interrelaciones económicas. El Artículo 3° del Código de Comercio que hace referencia a la costumbre mercantil, dispone:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgidos las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

El Artículo 5° de este mismo Código que alude a la costumbre como auxiliar de interpretación, estipula: “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”. El Artículo 7° de este mismo estatuto preceptúa: “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del Artículo 3°, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

De otro lado, el Artículo 190 de Código de Procedimiento Civil que refiere a la prueba de la costumbre mercantil, dispone: “La costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1° Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia. 2° Certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija”. El texto de esta norma fue modificado por el Artículo 179 del Código General del Proceso que dispuso:

La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:

1° Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el registro mer-

cantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.

2º Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

3º Con certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija.

Esta misma norma regula la forma cómo debe acreditarse la costumbre mercantil extranjera y la costumbre mercantil internacional y sus vigencias.

Ventajas e inconvenientes de la Ley y de la costumbre

La doctrina advierte que ni la Ley ni las costumbres como fuentes de derecho son perfectas, y que tanto una como la otra tienen ventajas pero también inconvenientes de índole práctico. Se menciona como ventajas de la *Ley*, que es útil para mejorar la certeza y la seguridad jurídica; que puede dar respuesta oportuna y sin demoras a las nuevas necesidades sociales que se vayan presentando; que puede encajar mejor una dimensión progresiva, pero en cambio, en ocasiones, puede correr el alto riesgo de apartarse demasiado de la realidad social; de proponer, en su afán reformador, leyes inaplicables (que se queden en letra muerta) o produzca resultados contraproducentes o catastróficos por estar distantes de determinadas realidades históricas; también puede ocurrir que produzcan el efecto contrario, pues cuando la Ley no cambia en el momento en que las necesidades sociales lo exigen, se convierte en un instrumento anquilosado, un fósil jurídico que por estar distante de los hechos reales carecen de adecuación y justicia y se convierten entonces en un obstáculo para el progreso social.

De la *costumbre* se predica como ventaja, que al estar profundamente arraigada en la realidad y en la conciencia social, tiene muchas posibilidades de reglar de manera efectiva y con éxito las relaciones intersubjetivas; se indica como inconvenientes que “muchas veces constituye una pauta de perfiles relativamente difusos, y que, por consiguiente, sirven menos para satisfacer la urgencia de certeza y de seguridad que es una de las funciones vitales del derecho; y que además, es insuficiente para normar las complicadas relaciones de una sociedad adelantada y progresiva” (Recaséns, 1993, p. 174). En todo caso, sostienen los autores, que tanto la Ley como la costumbre en países civilizados y democráticos occidentales, son claras manifestaciones del predominio de la voluntad ciudadana.

La jurisprudencia

En derecho romano, *Jurisprudentia* es la jurisprudencia o ciencia del derecho que Ulpiano (Citado por Petit, 1988) define como “el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto” (p.19). Petit observa en esta definición el estrecho vínculo que existía en aquella época entre el derecho religioso y el derecho profano, pues su influencia es notoria. En época moderna se ha entendido la jurisprudencia como la interpretación que de la Ley hacen los tribunales al momento de aplicarla a los casos concretos sometidos a su jurisdicción. Por consiguiente se puede decir, en términos generales, que la jurisprudencia integra el conjunto de sentencias dictadas por miembros del poder judicial sobre una materia determinada.

La palabra *jurisprudencia* –afirma la doctrina– tiene dos acepciones diferentes: como “ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo”, y como el “conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales” (García Maynez, 2003, p.68). En el segundo sentido, la jurisprudencia se presenta como fuente formal y sugiere la creación de una serie de principios, doctrinas o normas generales deducidas de la repetición uniforme de decisiones judiciales, que son útiles para orientar otras determinaciones en casos similares, con mayor importancia y aplicación en países que siguen el sistema jurídico del *common law*. Respecto de la jurisprudencia como fuente de derecho, existen tres corrientes:

- La que pregona que la jurisprudencia es *creadora* de derecho, propia de los países angloamericanos. Nino (2003), al referirse a las fuentes del derecho, sostiene que la jurisprudencia o precedentes judiciales constituyen también una forma espontánea de dar origen a normas jurídicas.¹⁶
- La que considera que la jurisprudencia es *declarativa*, que sostiene que el juez *no crea* sino que *declara* el derecho contenido en el texto de una Ley. Sobre el particular expresa Latorre (1972):

¹⁶ Los jueces –afirma Nino– “dictan ciertas normas particulares que se llaman ‘sentencias judiciales’. Para hacerlo, tienen en cuenta determinadas normas que pueden preexistir, como una Ley o una costumbre, pero también muchas veces toman en consideración, en los fundamentos de una sentencia, determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etcétera. Esos criterios que no fueron dictados por el Legislador, ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originalmente. Cuando tales criterios son adoptados por los jueces como fundamento de sus sentencias, y al apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas, que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias (como ocurre en los Estados Unidos y Gran Bretaña) que las leyes” (p.151).