

# Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución

Marco Fonseca Ramos\*

*El conocimiento de un ordenamiento jurídico (y también de un sector particular de este ordenamiento) parte siempre de la enumeración de sus fuentes.*

Bobbio<sup>1</sup>

## 1. Introducción

La palabra *Derecho* no tiene un significado unívoco. Por ella se entiende el conjunto de conocimientos, principios e instrumentos que constituyen la denominada Ciencia del Derecho; o el sistema de normas jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto que conforman el ordenamiento jurídico (derecho desde el punto de vista objetivo); o los derechos, facultades, atribuciones, potestades, que en favor de los individuos se derivan del ordenamiento jurídico (derecho desde el punto de vista subjetivo). Así, definimos la Ciencia del Derecho como técnica jurídica; ordenamiento jurídico como conjunto de normas jurídicas generales impersonales y abstractas, y derecho subjetivo como aquel que en favor del sujeto se consagra en el ordenamiento jurídico.

Definir el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas es abordar la

cuestión del derecho en toda su simple claridad y, simultáneamente, en toda su total complejidad. Si el derecho es un conjunto de normas jurídicas, el derecho se presenta en forma de norma jurídica. Pero además del derecho existen otros conjuntos de normas, otros ordenamientos normativos: la moral, la religión, la ética. Podríamos clasificar las normas a partir de los ordenamientos que las contienen; o los ordenamientos con base en las normas que los conforman. Este pensar y estudiar en qué es lo precedente y qué lo consecuente, si el ordenamiento o la norma, constituiría en sí mismo un círculo vicioso insoluble, sólo superable a partir de un elemento adicional: la autoridad normativa. Por derecho positivo ha de entenderse el sistema normativo dictado por un poder soberano que ejerce el monopolio de la fuerza en un territorio determinado. De esta forma, se resuelve el problema de la diferenciación entre el ordenamiento jurídico y otros ordenamientos normativos, señalando que aquel es el dictado por un poder soberano. Y se define la norma jurídica como aque-

---

\* Abogado. Profesor de las cátedras de Introducción al Derecho y Quiebra. Investigador de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

lla que conforma un ordenamiento dictado por un poder soberano.

Si el derecho es conjunto de normas jurídicas, en la norma jurídica está el derecho. Cuando se habla de fuentes formales del derecho se hace referencia a la forma como el ordenamiento jurídico se manifiesta mediante normas jurídicas generales, impersonales y abstractas. Según García Maynez, "por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas"<sup>2</sup>. Para Bobbio, fuentes del derecho "son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas"<sup>3</sup>. Bonnacase las define como "las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente con el aspecto del poder coercitivo del derecho"<sup>4</sup>. Fuente formal del derecho es, entonces, sinónimo de norma jurídica de contenido general, impersonal y abstracto, aplicable a todas las situaciones de hecho que puedan enmarcarse en el supuesto de la norma, pues el derecho tiene forma de norma; fuente formal es la norma en sí; pero, además, es el hecho, acto o proceso de su creación; identidad de la fuente como génesis del derecho, y la fuente como forma de expresión del derecho; identidad, en el contexto del tema que estudiamos, entre derecho y norma jurídica; fuente formal como manifestación del derecho objetivo, del cual

se deriva el derecho subjetivo; fuente formal del derecho o norma jurídica general, impersonal o abstracta, como fundamento último de toda decisión judicial.

Siguiendo a Bobbio, afirmamos que las normas jurídicas son de dos clases: normas de conducta y normas de estructura o competencia. Las primeras señalan derechos y deberes de los particulares y consagran los denominados derechos subjetivos. Las segundas, como su nombre lo indica, se refieren a la estructura misma del sistema jurídico; a la forma de las normas que lo integran; a su creación o reconocimiento.

El Poder Soberano, cualquiera que sea la filosofía jurídica que lo guíe (jusnaturalista, juspositivista) ha de incluir en el ordenamiento jurídico la indicación de las formas en que las normas jurídicas se manifiestan, señalando reglas para la creación y reconocimiento de ellas. Por ello, el problema de la identificación de las fuentes formales de determinado ordenamiento jurídico nacional se debe resolver, y sólo se puede resolver a partir del mismo ordenamiento jurídico positivo. "No es casual —observa Bobbio— que en el Art. 1º de las Disposiciones Generales (de la Constitución Italiana) se encuentre la lista de las fuentes del ordenamiento jurídico italiano vigente". Y agrega: "Lo que interesa resaltar en una teoría del ordenamiento jurídico no es tanto cuántas y cuáles sean las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, como el hecho de que, en el mismo momento en el cual se reconocen que existen actos o hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente las fuentes del derecho), se reconoce que el ordenamiento jurídico más allá de regular el

<sup>2</sup> GARCIA M., Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, 32ª ed., revisada, México, 1980, p. 51.

<sup>3</sup> BOBBIO, Op. cit., p. 158.

<sup>4</sup> BONNACASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Temis, Bogotá, 1982, p. 81.

comportamiento de las personas, regula también el modo como se debe producir la regla." <sup>5</sup>

El ordenamiento jurídico establece sus fuentes formales, es decir, la forma en que la norma jurídica general, impersonal y abstracta se produce y se manifiesta. Conocer las fuentes del ordenamiento constituye, al decir del sabio profesor italiano supracitado, el punto de partida del estudio del derecho objetivo. Sólo a partir de ese conocimiento es posible determinar los derechos subjetivos que tal ordenamiento consagra en favor de los súbditos del poder soberano, así como los deberes que les impone. En la exacta determinación de las fuentes formales del ordenamiento jurídico nacional está la certeza, la seguridad y la justicia del derecho. Si las fuentes están predeterminadas en el ordenamiento jurídico y éste se modifica; si tal modificación ocurre a nivel de la Constitución, norma jurídica positiva de mayor jerarquía; si tal modificación no es simple reforma sino instauración de una nueva Carta Fundamental, como ha acontecido entre nosotros, sería necio suponer que el tema de las fuentes formales del derecho a partir de a nueva normatividad constitucional que nos rige es una nimiedad, o un embeleco teorizante sin ninguna utilidad práctica. Y el deber del estudioso del derecho, del profesor, del jurista, del magistrado, del abogado, radica en verificar si las fuentes del derecho colombiano, a partir de la nueva Constitución, son o no las mismas de antes. Ese es el objeto de este ensayo.

## 2. Las fuentes formales antes de la nueva Constitución

Dado que al juez corresponde decidir el derecho con fuerza de cosa juzgada, es este funcionario quien en aplicación del ordenamiento jurídico ha de resolver en última instancia sobre los derechos subjetivos en controversia, a partir de las fuentes formales que los consagran. El juez, exceptuados los casos en que un fallo inhibitorio se impone en virtud de disposiciones procesales, debe siempre decidir el fondo de los asuntos que se someten a su consideración, no pudiendo predicar en ningún caso la irrelevancia jurídica del tema en litigio. Así se desprende con absoluta claridad del Art. 48 de la Ley 153 de 1887 al determinar que "los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia."

En esto radica la importancia del tema de las fuentes del derecho, pues sólo en ellas ha de basar el juez sus decisiones judiciales. Determinar esas fuentes con precisión permite al juez fallar en legal forma, y a los individuos preveer o predecir, con algún grado de acierto, a partir de los hechos y con el conocimiento del derecho, el resultado del fallo judicial. Así se garantiza la seguridad, la certeza y la justicia jurídica o justicia legal del sistema.

El tema de las fuentes, bajo el espectro de la Constitución de 1886, tiene jerarquía legal y no constitucional. Las fuentes formales del derecho colombiano están consagradas, de manera general, en los artículos 4º del C. C.; 5º de la Ley 57 de 1887; 8º y 13 de la Ley 153 de 1887; 4º, 5º y 37, numeral 8º del C. de P. C. En derecho laboral las fuentes están deter-

<sup>5</sup> BOBBIO. Op. cit., p. 158-159. El subrayado es de Bobbio.

minadas en el Art. 19 del C. S. del T.

Las fuentes formales del derecho colombiano, en general, son la ley, la costumbre, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho sustancial y procesal. El Art. 4º del C. C. define la Ley como "una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar." Según el Art. 8º de la Ley 153 de 1887, "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen materias o casos semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho." Y el 13 de la misma ley establece que "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva." Estas normas son reiteradas por el C. de P. C.: en su Art. 4º, al indicar que "las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes"; en el Art. 5º, al ordenar que "Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal"; y en el 37, en cuyo numeral 8º se impone como deber del juez "Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de

derecho sustancial y procesal." Y las fuentes del derecho laboral colombiano lo son, además de la ley, y según el Art. 19 citado, "los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los derechos del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad."

Estas normas determinan las fuentes formales del derecho colombiano y asignan una jerarquía entre ellas. Primero la ley, entendida *latu sensu* como derecho positivo, es decir, derecho escrito, cubre tanto las normas constitucionales como las legales propiamente dichas, incluyendo los reglamentos y decretos del gobierno, aunque, obviamente, las normas escritas responden a su propia jerarquía. Además, la ley se aplica de manera directa o indirectamente por analogía. A falta de ley, ha de recurrir el juez, en su función de administrar justicia, a otras fuentes formales del derecho colombiano. La ley determina que son aplicables al caso controvertido la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho (Art. 8º, Ley 153 de 1887); la ley determina que la costumbre constituye derecho a falta de legislación positiva (Art. 13, Ley 153 de 1887). La calidad o categoría de la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho y la costumbre, como fuentes formales del derecho colombiano, se derivan de la misma ley, pues ésta ordena su aplicación al caso controvertido si la ley falta. Si la norma general, impersonal y abstracta no se encuentra contemplada en la ley, habrá de buscarla el intérprete (el juez) en la doctrina constitucional y en los

principios generales del derecho, que serán de forzosa aplicación, porque así lo ordena la ley; o en la costumbre, porque la ley ha determinado que constituya derecho positivo. Así lo confirma y ratifica el C. de P. C. Regula de esta manera, la ley colombiana, lo atinente a las fuentes formales del derecho colombiano, las enumera y las jerarquiza.

La calidad de fuentes formales del derecho, de la ley y la costumbre es absolutamente reconocida por la comunidad jurídica colombiana. Ellas constituyen en sí mismas normas jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto, subordinada la costumbre a la ley en los términos del Art. 8º C. C. y 13 de la Ley 153 de 1887. Pero no puede predicarse lo mismo de los principios generales del derecho y de la doctrina constitucional, no obstante la claridad en la redacción de los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 4º y 37, numeral 8º del C. de P. C. Por ejemplo, Monroy Cabra, expositor cuya obra sobre *Introducción al Derecho* es generalmente utilizada como texto oficial de estudio en las facultades de derecho, citando autores, enseña que éstos "clasifican las fuentes formales en cuatro grupos: a) la legislación; b) la costumbre; c) la doctrina; d) la jurisprudencia. Estas dos últimas no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto, sino como **autoridades**"<sup>6</sup>, y observa: "Tradicionalmente las fuentes formales serían la ley y la costumbre. La jurisprudencia sólo sería fuente formal si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye carácter obligatorio. En cuanto a la doctrina,

sólo en muy raras ocasiones podría ser considerada como fuente formal del derecho." <sup>7</sup> Nótese cómo así se evade o ignora el tema de las otras fuentes del derecho consagradas en la legislación colombiana desde 1887: los principios generales del derecho y la doctrina constitucional. A estas fuentes formales se les desconoce su calidad, mediante silencio u omisión, o no se les atribuye una entidad propia frente a las otras fuentes formales, la ley y la costumbre. Por ejemplo, en el curso de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga se consideran como fuentes formales la ley, la costumbre y el negocio jurídico. Y a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho se les clasifica como modalidades de aplicación indirecta de la ley al lado de la analogía <sup>8</sup>. No comprendemos cómo pueden estas fuentes formales constituir formas de aplicación indirecta de la ley, dado que el Art. 8º de la Ley 153 de 1887 autoriza su aplicación precisamente, y únicamente: 1) cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, y, además, 2) cuando no existan leyes que regulen casos o materias semejantes que se puedan aplicar indirectamente por analogía, pues es **en su defecto** que se autoriza la utilización de la doctrina constitucional y los principios. O sea, son fuentes formales del derecho a las que se acude ante ausencia de legislación aplicable directamente o de manera indirecta; luego, no pueden catalogarse o clasificarse, por absoluta imposibilidad lógica derivada

<sup>6</sup> MONROY C., Marco G. *Introducción al Derecho*. 7ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1986, p. 102.

<sup>7</sup> MONROY, Op. cit., p. 104.

<sup>8</sup> Universidad Autónoma de Bucaramanga. Postgrado en Derecho. Área Metodológica. Módulo de Análisis Doctrinal y Jurisprudencia. Profesor Laureano Gómez S., p. 13.

de la expresa exclusión contenida en el citado artículo 8º, como formas de aplicación indirecta de la ley, pues la ley lo prohíbe, al expresar que a ellas se acudirá **sólo si** no es posible la aplicación indirecta de la ley.

Es oportuno recordar que el mismo ordenamiento jurídico establece las formas de producción y reproducción del derecho, de la norma jurídica como norma general, impersonal y abstracta de contenido obligatorio. En el caso colombiano, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, se repite, correspondió al legislador esta función. Así, la calidad de fuente del derecho deriva de la ley. Pero esto no significa que cada una de estas fuentes, ya reconocidas por la ley (la costumbre), ya establecidas por ésta (las demás), tengan su propia identidad frente a la ley, sus propios caracteres, orígenes, formas de manifestación y reconocimiento, que han de distinguirse de la ley misma, a punto que siendo de naturaleza diversa, no pueden ser clasificadas como modalidades de aquéllas.

Arribamos, pues, a 1991 y a una nueva Constitución, después de 105 años de vigencia de la Constitución derogada, sin haber concluido o, más bien, sin haber asumido la fundamental empresa de ubicar, enumerar, comprender, describir, enseñar y aplicar las fuentes formales del derecho colombiano en su totalidad. Nos sumimos, entonces, en un conocimiento parcial del derecho, que es sinónimo de desconocimiento. Bien es cierto que lo relativo a los principios generales de derecho sustancial se desarrolló permanentemente al amparo del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, al punto que ellos recibieron en el Código de Comercio de 1971 consagración legal expresa (el abuso del derecho —Art.

831—; el enriquecimiento sin causa —Art. 832—; la teoría de la imprevisión (Art. 868), o tática (el error común creador de derecho —Art. 1.965, numeral 11) o fueron reiterados (la buena fe (Art. 871). Mas el caso de la doctrina constitucional es bien distinto: la comunidad jurídica colombiana, no obstante lo imperativo del Art. 8º de la Ley 153 de 1887 y del Art. 37, numeral 8º del C. de P. C., no concuerda en atribuirle a la doctrina constitucional la jerarquía de fuente formal del derecho, y, más grave aún, difiere en cuanto a su definición, contenido, forma de producción y de reconocimiento.

El diagnóstico anterior resulta de una investigación adelantada durante el primer semestre de 1991 con los estudiantes de segundo semestre de Introducción al Derecho, en la que se utilizó el sistema de encuestas con el objeto de extraer y clasificar los conceptos de la comunidad jurídica de Barranquilla respecto de la doctrina constitucional, obteniéndose el siguiente resultado: 1) respecto de la definición de doctrina constitucional, contestaron así: 1.1.) es el conjunto de comentarios de los tratadistas de derecho constitucional acerca de la constitución: 64%; 1.2.) es el conjunto de valores filosóficos y/o económicos plasmados en la Constitución: 16%; 1.3.) es la jurisprudencia sobre la Constitución: 12%; 1.4.) no está seguro: 4%; 1.5.) otras respuestas: 4%. 2) A la pregunta sobre si la doctrina constitucional es fuente formal del derecho colombiano, contestaron: 2.1.) sí es fuente formal: 56%; 2.2.) no es fuente formal: 28%; 2.3.) no está seguro: 16%. 3) A la pregunta sobre la jerarquía de las fuentes del derecho, contestaron: 3.1.) doctrina constitucional último grado, sólo superior a la equidad: 36%; 3.2.) doctrina constitucional penúltimo grado, sólo superior

a los principios generales del derecho y la equidad: 29%; 3.3.) no está seguro: 21%; 3.4.) doctrina constitucional último grado al mismo nivel de los principios generales del derecho, sólo superior a la equidad: 14%. 4) A quienes afirmaron que la doctrina constitucional no es fuente formal del derecho, se les inquirió en qué fuente formal la incluían, y contestaron así: 4.1.) doctrina: 43%; 4.2.) principios generales del derecho: 29%; 4.3.) jurisprudencia: 14%; 4.4.) no está seguro: 14%. Obsérvese cómo la mayoría de los encuestados al definir la doctrina constitucional como los comentarios sobre la constitución de los expertos y tratadistas del derecho constitucional, difieren del profesor Pérez Escobar, para quien "Doctrina constitucional quiere significar lo mismo que principios contenidos en la Constitución o reconocidos por la ciencia del derecho constitucional, es decir, los principios que regulan la organización y funcionamiento del Estado y los relativos a las garantías particulares"<sup>9</sup>. Lo anterior, simplemente refuerza nuestro comentario sobre la ausencia de concordancia entre los abogados y juristas colombianos acerca de la doctrina constitucional, fuente del derecho colombiano establecida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

No es éste un ensayo sobre doctrina constitucional. Sin embargo, adviértese que doctrina constitucional no puede ser lo mismo que doctrina sobre derecho constitucional, pues entonces aquélla no sería sino una especie de la doctrina como género, y está fuera de discusión

que la doctrina —así como la jurisprudencia— por regla general no es fuente formal del derecho colombiano, en tanto que la doctrina constitucional sí lo es a partir de lo dispuesto en los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 37, numeral 8º del C. de P.C.

No obstante lo anterior, se observa que bajo la vigencia de la Constitución de 1886, doctrina y jurisprudencia sí son fuentes formales del derecho laboral a partir de lo dispuesto en el Art. 19 del C. del T. Según esta norma, ellas podrán aplicarse "cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido", con el mismo rango de jerarquía de la norma (léase "ley") "que regule casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este código (...), la costumbre o el uso (...), los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios de los derechos del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad." La potestad que el Art. 19 citado confiere al juez de aplicar la doctrina y la jurisprudencia implica que éstas, en el campo laboral, y a falta de ley exactamente aplicable, constituyen fuentes formales del derecho laboral, pues serán aplicables por el juez para cimentar su decisión judicial en la sentencia. La jurisprudencia laboral y la doctrina laboral, al contrario de lo que acontece en el derecho común, son fuentes del derecho: el Art. 19 así lo impone y autoriza, constituyendo, entonces, norma general, impersonal y abstracta a la que se acudiría a falta de ley que pueda ser utilizada mediante aplicación directa.

Antes de abordar el tema de las fuentes formales del derecho colombiano en la

<sup>9</sup> PEREZ E., Jacobo. *Derecho Constitucional colombiano*. Editorial Horizontes, 3ª ed., Bogotá, 1982.

nueva Constitución Política, unas palabras sobre la equidad. Tanto en el derecho común (derecho civil) como en el derecho laboral, la equidad constituye criterio de interpretación de la ley, mas no fuente formal del derecho. El Art. 32 del C. C. ordena que en caso de no poderse aplicar las reglas de interpretación contenidas en el Código, "se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural." Y el Art. 19 del C. S. del T. establece que la aplicación de las fuentes formales del derecho laboral se hará "dentro de un espíritu de equidad." De tal forma que la equidad es un instrumento para la aplicación e interpretación de las fuentes formales; utilizable respecto de estas fuentes para fijar su alcance y contenido; para hacer inteligibles sus pasajes oscuros; para armonizar sus incongruencias y contradicciones. Es un instrumento que actúa sobre las fuentes formales, constituyendo éstas, y no la equidad, la base fundamental de la decisión judicial. Es, entonces, un criterio auxiliar de la actividad judicial, según terminología inaugurada en la nueva Constitución, y no una fuente formal del derecho. Pero no piensa así la Corte Suprema de Justicia. En sentencias del 8 de agosto de 1973 y del 28 de febrero de 1980, la Sala Laboral de la Corte sostiene que la equidad es fuente formal del derecho laboral: "La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que: 'El principio de equidad opera cuando no existe norma aplicable al caso, como lo previene el Art. 19 del CST, pero de ninguna manera puede enfrentarse ese principio a una norma precisa de la Ley, y aún menos para desconocer un precepto también legal' ". Léase el Art. 19 con detenimiento y se observará cómo el principio de equidad opera para la aplicación de las fuentes

formales del derecho que la misma disposición enumera; actúa como un criterio para interpretación y aplicación de tales fuentes. El Art. 19 ordena al juez que al aplicar esas fuentes obre "dentro de un espíritu de equidad", en forma tal que el resultado de esa aplicación sea equitativo y justo. Mas no lo autoriza para fallar en equidad, o sea prescindiendo de las fuentes formales del derecho laboral, sino con base en dichas fuentes con equidad, lo que equivale a señalar precisamente lo contrario a lo sostenido por la Corte, exactamente lo ahora reiterado en la Constitución Nacional: que tanto la equidad como la doctrina y la jurisprudencia son solamente criterios auxiliares de la actividad judicial, con toda la trascendencia que ello implica.

### **3. Las fuentes formales a partir de la nueva Constitución**

Al contrario de lo acontecido en la Constitución de 1886, la Constitución Nacional vigente abordó el tema de las fuentes formales del derecho, al hacer mención, en su Art. 230, de las que se tienen por tales en el momento de expedirse la nueva Norma de normas (Art. 4 C.N.). De esta manera, la regulación de las fuentes formales del derecho colombiano adquiere rango constitucional, sin perjuicio de que la ley pueda disponer al respecto sin contradecir los mandatos de la Carta.

Lo anterior se deriva del texto del Art. 230 de la Constitución:

*Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

La lectura de la norma constitucional transcrita obliga al siguiente análisis: 1) menciona los conceptos que han venido siendo estudiados en las facultades de derecho dentro del tema de las fuentes formales del derecho. Ello conduce a afirmar que trata de las fuentes formales del derecho; 2) enumera o cita todas las fuentes formales del derecho, general y universalmente admitidas como tales, aunque no todas consagradas en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, con excepción de la costumbre y la doctrina constitucional. Asumimos que doctrina constitucional es concepto distinto a doctrina. El no haber contemplado la norma a la costumbre y a la doctrina constitucional implica estudiar si tales fuentes han dejado de serlo a partir de la nueva Constitución o permanecen con la misma calidad; 3) cita a la ley como aquella a cuyo sólo imperio están sometidos los jueces en sus providencias; y agrupa a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como "criterios auxiliares de la actividad judicial." Ello nos lleva a investigar la diferencia entre fuente formal del derecho y criterio auxiliar de la actividad social, intuyendo que son conceptos o categorías diferentes, puesto que la ley indudablemente participa de la naturaleza de las fuentes y no de los criterios, y a determinar si la ley permanece como única fuente formal del derecho colombiano; 4) estas reflexiones conducen a concluir que los criterios auxiliares de la actividad judicial no son fuentes formales del derecho colombiano, ni pueden ser erigidos como fuentes por la ley so pena de violar la Constitución, en tanto que la costumbre y la doctrina constitucional continuarán siendo fuentes formales del derecho en la medida en que la ley no disponga en contrario. Acomatemos la tarea propuesta.

### **3.1. La función judicial y las fuentes formales del derecho**

La función de la Rama Judicial es "La administración de Justicia", según se establece en el Art. 228 de la Constitución Nacional. Definimos la Administración de Justicia como "la función de declarar o decir el derecho con fuerza de verdad legal definitiva, irrevocable e imperativa, función a cargo de los órganos que integran la rama jurisdiccional (hoy judicial) del poder público"<sup>10</sup>. Declarar o decir el derecho es establecer el derecho subjetivo y su correlativo deber jurídico a partir de lo dispuesto en el derecho objetivo, en el ordenamiento jurídico, en sus fuentes. Decir el derecho es aplicar las fuentes formales del derecho a un caso controvertido, por parte del funcionario con jurisdicción e investido del poder del Estado para administrar justicia. La actividad judicial es, entonces, administración de justicia a partir de las fuentes formales del derecho. Por ello incurre en responsabilidad por denegación de justicia el funcionario judicial que se abstiene de declarar o decir el derecho, de definir y resolver la controversia que se somete a su conocimiento, pretextando oscuridad o insuficiencia de la ley (Art. 48, Ley 153 de 1887) o de las demás fuentes formales del derecho (Arts. 8º y 13 de la Ley 153 de 1887, 37, numeral 8º C. de P. C.).

### **3.2. Criterios auxiliares de la actividad judicial**

La actividad judicial se concreta en la sentencia. Esta es la providencia median-

---

<sup>10</sup> FONSECA R., Marco. A. *Concordato Preventivo: Jurisdicción o Administración*. Anuario Científico, Universidad del Norte, Barranquilla, Volumen VII, 1988, p. 214.

te la cual el juez administra justicia declarando el derecho a partir de las fuentes formales del ordenamiento jurídico que constituyen normas de conducta, que prescriben la conducta que se debe o no observar, que señalan los deberes y derechos de los particulares. Se declara el derecho a partir de la ley, principal fuente formal del derecho colombiano, y ante la falta de ésta, acudiendo a las otras fuentes formales consagradas en el ordenamiento.

Se ha dicho siempre, ahora con un sentido crítico y peyorativo que no compartimos, que la administración de justicia "requiere efectuar una actividad mental que se traduce en un silogismo, cuya premisa es la ley, la premisa menor el caso concreto que tiene que resolver, y la conclusión es la sentencia que efectúa la subsunción del caso dentro del tipo legal"<sup>11</sup>. Aquí está toda la grandeza y la infinita dificultad de la función judicial: se impone conocer la premisa mayor, que no se limita al ámbito de la ley sino que se extiende a un continente superior, el de las fuentes formales del derecho. Conocer esta premisa no es simplemente ubicar la norma jurídica aplicable en una de las diversas fuentes, aunque en definitiva la labor se traduce en dicha ubicación. Pero previamente ha sido necesario trasegar por las fuentes del derecho, jerarquizándolas según lo dispuesto en el ordenamiento; jerarquizar a su vez las normas de una misma fuente, armonizando sus contradicciones; integrando sus falencias; comprendiendo el espíritu general de la legislación; fijando el contenido y el alcance de la norma, determinando así la fuente formal del

derecho, o la fuente en forma de norma, que ha de constituir la premisa mayor del silogismo jurídico.

Para esa intrincada labor, supuesta la maraña de normas dictadas por autoridades diversas o reconocidas mediante disímiles procedimientos, el ordenamiento ha dotado al juez de instrumentos que lo guían y conducen, que lo auxilian en el ejercicio de su función de administrar justicia. Ellos son los ahora denominados por la Constitución como "criterios auxiliares de la actividad judicial".

Tales criterios están desde antes consagrados en la legislación colombiana, y en este sentido, el artículo 230 simplemente reitera lo ya legislado. Pero innova en un punto fundamental, pues algunos de ellos constituían, además, fuentes formales del derecho: los principios generales, en el derecho común, y la jurisprudencia y la doctrina, en el derecho laboral. Ahora, en virtud de la Constitución misma, que los califica simplemente como criterios auxiliares de la actividad judicial, no pueden ser considerados ni utilizados como fuentes formales del derecho.

Recuérdese que la fuente formal del derecho es la forma de producción de la norma jurídica y la forma en que dicha norma se manifiesta, constituyendo el fundamento de las providencias judiciales. En tanto que los criterios auxiliares de la actividad judicial son instrumentos para la correcta aplicación, interpretación, armonización e integración del ordenamiento jurídico mediante el uso y comprensión adecuados de las fuentes. Lo fundamental es la fuente formal del derecho respecto de la sentencia; ella constituye la premisa mayor del silogismo jurídico. En tanto que el criterio auxiliar de la actividad judicial es un

<sup>11</sup> MONROY. Op. cit., p. 239.

instrumento que no obra sobre la fuente formal; que en caso de insuficiencia, oscuridad, o anacronismo la ajusta, la redefine, le atribuye su alcance y contenido, pero no puede sustituirla, ni suprimirla, ni reemplazarla. Ni le sirve al juez como base de su decisión sino como elemento para comprender el derecho objetivo, y a partir de tal comprensión decir o declarar el derecho subjetivo. Si criterio, en general, se define como "principio o norma de discernimiento o decisión", criterios auxiliares de la actividad judicial es el conjunto de principios o normas consagrados en el mismo ordenamiento, destinados a ser utilizados por el intérprete para discernir y decidir sobre el contenido, alcance y aplicación del de las fuentes formales del derecho.

Los criterios auxiliares de la actividad judicial, bajo el manto de la Constitución de 1886, en determinados eventos actuaban también como fuentes formales. Observamos esta dualidad de funciones en el caso concreto de los principios generales del derecho procesal. A partir del Art. 4º del C. de P. C., los principios son instrumentos para aclarar las dudas que surjan en la interpretación de las normas legales de procedimientos. Son las normas legales consagradas en el C. de P. C. (fuente formal del derecho) las que aplica el juez en el ejercicio de sus funciones, y a las cuales ajusta su conducta. Pero para fijar el sentido y el alcance de la norma, su contenido, en caso de dudas que surjan en su interpretación, acude el juez a los principios generales del derecho procesal (criterio auxiliar de la actividad judicial). Otras son las circunstancias del Art. 5º del mismo C. de P. C. En este evento el juez no se enfrenta a una norma legal de interpretación dudosa, sino a un vacío legislativo, a una ausencia de norma

legal aplicable directamente o por analogía. En tal circunstancia, el juez acudiría a los principios constitucionales y generales del derecho procesal, y con fundamento en ellos adopta su decisión. Aquí los principios generales actúan como fuente formal del derecho, en tanto que antes (Art. 4º) obraron como simple criterio auxiliar de la actividad judicial.

Esta dualidad, esta diversidad, esta duplicidad de funciones, no es posible a partir de la nueva Constitución. Pues clasificados los principios generales del derecho en el género de los criterios auxiliares de la actividad judicial, esa función y sólo esa habrán de ejercer. Todo uso de los principios que implique rebasar la función que expresamente le ha sido asignada por el Art. 230 de la Constitución, implica, a nuestro entender, un desacato a la Constitución. Lo mismo se predica de los principios generales del derecho sustancial, en general, y de la jurisprudencia y la doctrina en la esfera particular del derecho laboral. De esta forma el Art. 230 de la Constitución ha derogado parcialmente los Arts. 5º y 37, numeral 8º del C. de P. C., 8º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C. S. del T.

### ***3.3. La facultad del legislador para establecer fuentes formales del derecho distintas de la ley y de los criterios auxiliares de la actividad judicial***

La ley es la única fuente formal del derecho colombiano consagrada en la Constitución Nacional. Esta unicidad a nivel constitucional realza y reafirma la primacía de esta fuente sobre las demás, pero no proscribire la presencia y existencia de otras fuentes de origen legal.

La Constitución, al señalar en el Art. 230 que "Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley", subraya la independencia y autonomía de la rama judicial frente a las demás (Art. 228 C.N.), y la primacía de la norma jurídica de derecho escrito sobre las otras formas en que el ordenamiento, en virtud de la ley, se manifiesta. Igualmente, al calificar la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliares de la actividad judicial, está asignándole a estos conceptos una naturaleza diversa de la ley, fuente formal del derecho por antonomasia en todo sistema jurídico tributario del derecho romano-germánico.

Hemos dicho que fuente formal del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial son categorías distintas, y que, a partir del Art. 230 de la Constitución, no será posible concebir que un mismo concepto participe simultáneamente de ambas naturalezas, como acontecía bajo la égida de la Constitución de 1886. Por lo mismo, dada la supremacía de la Constitución sobre la ley (Art. 4 C.N.), los criterios auxiliares de la actividad judicial con rango constitucional no podrán ser revestidos por la ley de la naturaleza de fuente formal del derecho. Pero el Congreso, a quien corresponde hacer las leyes, en ejercicio de su función de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones" (Art. 150, numeral 2º C.N.) podrá crear o mantener otras fuentes formales del derecho distintas de la ley y de los criterios auxiliares de la actividad judicial de rango constitucional, y establecer otros criterios auxiliares de la actividad judicial.

Se entiende, entonces, que la nueva Cons-

titución no afectó a la costumbre y a la doctrina constitucional como fuentes formales del derecho colombiano, y las normas legales que así lo consagran (Arts. 8º y 13 de la Ley 153 de 1887, 37, numeral 8º del C. de P. C., 19 C.S.T.), en cuanto se refieren a ellas, continúan vigentes, pues no entran en conflicto con la Carta Fundamental.

### **3.4. La equidad como fuente formal**

Dado que la equidad es sólo un criterio auxiliar de la actividad judicial, no le será constitucionalmente posible a los jueces ordinarios (llámense jueces, magistrados del Tribunal, consejeros de Estado, magistrados de la Corte Suprema, magistrados de la Corte Constitucional, magistrados de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), proferir en caso alguno fallos basados en equidad. De esta forma el Art. 230 de la Constitución ha derogado el numeral 1º del Art. 38 del C. de P. C. que facultaba al juez para "Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza", y parcialmente el numeral 10 del Art. 435 del mismo Código, que establece el trámite del proceso verbal sumario para los casos en que el juez debe resolver "a su prudente juicio o a manera de árbitro." No puede el juez ordinario fundamentar su sentencia en un criterio auxiliar de la actividad judicial sino en una fuente formal del derecho. Por ello, no le es dable fallar en equidad, o fallar a su prudente juicio, pudiendo y debiendo, eso sí, aplicar el criterio de equidad para comprender el alcance y espíritu de la fuente formal en que ha de basar su decisión judicial. Toda norma legal que autorice al juez fallar en equidad, o como árbitro,

o a su prudente juicio, o aplicando su sentido de justicia, se encuentra derogada por el Art. 230 de la Constitución Nacional.

Como excepciones a la norma general, la Constitución eleva la equidad al rango de fuente formal del derecho colombiano en los siguientes casos: 1) la justicia arbitral: en virtud de lo dispuesto en el último inciso del Art. 116 de la Constitución, "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en las condiciones de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley." Nótese que se autoriza a los particulares y no a los jueces para fallar en equidad por voluntad de las partes; 2) los jueces de paz: a partir del Art. 247 de la Constitución "La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular."

### 3.5. *El derecho natural como fuente formal*

Posponiendo el debate sobre la identidad o diferencia del derecho natural y la equidad, y sobre el contenido y forma de reconocimiento del primero, consideramos importante relieves someramente este aspecto, porque la Constitución Nacional implícitamente se refiere al derecho natural en su Título II "De los derechos, las garantías y los deberes" al disponer en su Art. 94: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona hu-

mana, no figuren expresamente en ellos."

Esta norma constitucional se remite al derecho natural, pues supone la existencia de derechos inherentes a la persona humana, es decir, inmanentes al hombre, derivados de su sola naturaleza, no sujetos a consagración expresa del derecho positivo.

Así, en tema de los derechos y garantías, el derecho natural se considera por la Ley Fundamental como un instrumento de heterointegración del ordenamiento jurídico colombiano, como una fuente formal a la que puede y debe acudir el juez en los eventos del Art. 93, es decir, en caso de derechos inherentes a la naturaleza humana no enunciados en la Constitución o en los convenios ratificados por Colombia. Tales derechos se entienden incorporados a la Carta, y a ellos se aplican las normas de protección de aquéllos expresamente reconocidos.

## 4. Conclusiones

1. Las fuentes formales del derecho colombiano han sido modificadas por la nueva Constitución. El tema de las fuentes adquiere rango constitucional sin perjuicio de que la ley pueda regular la materia respetando la Norma de normas. Permanecen como fuentes formales del derecho colombiano la ley, la costumbre y la doctrina constitucional. La equidad lo es en los eventos excepcionales de los Arts. 116 último y 247 de la C.N. El derecho natural obra como fuente en el evento del Art. 93 de la C.N. La ley puede crear otras fuentes formales del derecho distintas de los criterios auxiliares de la actividad judicial de rango constitucional.

2. La equidad, por regla general, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho han dejado de ser fuentes formales del derecho colombiano para situarse, por orden de la Constitución, en la categoría de los criterios auxiliares de la actividad judicial. La ley podrá establecer criterios auxiliares adicionales.

3. Han quedado parcialmente derogados por la Constitución, en virtud de lo dispuesto en el Art. 4º de la Carta y en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, las siguientes normas legales: Art. 8º de la Ley 153 de 1887, 5º, 37, numeral 8º, 38 y 435, numeral 10 del C. de P. C., 19 C. S. del T., así como toda norma legal que faculte al juez ordinario para fallar en equidad o para aplicar como fuentes formales del derecho los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

4. Los principios generales del derecho que no hayan recibido consagración legal, como es el caso del **fraude a la ley**, deberán ser objeto de tratamiento legislativo para su posible aplicación futura por parte de jueces y funcionarios públicos como fuente formal del derecho.

5. Se observa, salvo en el caso de los derechos humanos, un esfuerzo constitucional por fortalecer el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. El juez dirá y declarará el derecho subjetivo con fundamento en el ordenamiento jurídico conformado por el derecho escrito, el derecho consuetudinario y la doctrina constitucional. Nunca podrá apelar al derecho judicial (equidad), y sólo en caso de derechos inherentes a la naturaleza humana no consagrados en la Constitución está autorizado para fundamentar su decisión en el derecho natural.

6. Se advierte la necesidad de estudiar la definición, el contenido, la forma de creación y reconocimiento de la doctrina constitucional como fuente formal del derecho colombiano. Nada más propicio que el momento actual en que la actividad del nuevo Congreso habrá de aplicarse a la promulgación de leyes destinadas a desarrollar la Carta Fundamental. En torno a la Constitución, al derecho constitucional y a la doctrina constitucional se debatirá el país en el ámbito de la política y el derecho, y a ese ritmo deberán aconductarse y acoplarse nuestras facultades de derecho.

7. No hay, a partir de la nueva Constitución, tema alguno, en el espacio de lo jurídico, indigno de revisión. Quien piense lo contrario anda en Babia.