

FUENTES DEL DERECHO

3

Según el diccionario de la RAE, el término fuente, del latín *fons*, remite en su primera acepción al “manantial de agua que brota de la tierra”, esto es, a un nicho fundante de vida. La anterior es una hermosa imagen del significado de aquello que constituye el *principio, fundamento u origen de algo*, en una dimensión que rebasa la mera causalidad simple. Porque evidentemente en las relaciones causales simples, ciertas variables sencillas son necesarias y suficientes para que ocurra determinado resultado, mientras que en la compleja realidad del Derecho la *cosa* (conducta-realidad social), para ser considerada jurídica, requiere ser considerada *sub specie iuris*, es decir, por su objeto formal que no es otro que *lo justo*.

No obstante, como para el Realismo Jurídico Clásico la clave del concepto de derecho está en la analogía, es preciso aclarar que a continuación se busca describir las fuentes del analogado *derecho – norma* y no de todos los analogados posibles al analogado principal del Derecho, tema que se tratará en los Capítulos IV y V de este texto. En el presente apartado se abordarán las fuentes del Derecho Positivo (textos escritos) que regularmente se consideran en los países de tradición jurídica romano-germánica o continental⁷⁸: constituciones, leyes, reglamentos, tratados internacionales, entre otros.

.....
78 En el Derecho anglosajón la ley también se considera fuente de Derecho. Sin embargo, junto a ella, y como elemento más significativo, está la doctrina establecida por los tribunales en el fallo de casos concretos, jurisprudencia que constituye el pilar del *Common Law* y de la *Equity*. Latorre, *Introducción al Derecho*, 50.

En ese preciso sentido, el concepto de fuente es una expresión que alude, más que al origen del objeto formal del Derecho, a los elementos o realidades extrínsecas que concretan el analogado secundario *derecho – norma*. Sin embargo, suele confundirse la *atribución* (la relación de los analogados secundarios con el principal) con la realidad misma del concepto nombrado, como en el caso de la identificación derecho – ley, vista con anterioridad. De ahí Hervada destaca que,

desde el punto de vista del arte del derecho o arte de lo justo, es claro que no cabe confundir la norma con el derecho. Aunque la norma recibe el nombre de derecho, la norma no es el derecho, sino su regla. La norma es la *regla del derecho*, siendo el derecho, como tantas veces hemos dicho, la cosa justa. La norma recibe, pues, el nombre de derecho (derecho objetivo) por atribución analógica, es decir, por traslación del lenguaje. Porque es regla del derecho –y en cuanto lo es– la norma es *jurídica*.⁷⁹

Por el momento no se discutirán las características que determinan cuando una norma constituye una genuina *regla del Derecho*, esto es, el carácter distintivo de las normas jurídicas, porque, como se ha dicho, ahora interesa abordar el origen del que proviene eso que regularmente se llama Derecho. Lo anterior, aun cuando las expresiones derecho y fuente tengan en ese contexto un sentido más bien figurativo.

En ese orden de ideas, cuando se habla de las “fuentes” del Derecho Positivo, es preciso conocer cómo éste se constituye, es decir, el sistema de fuentes del Derecho: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, etc. Dicho sistema suele referirse a una cierta ordenación, más bien teórica que práctica, del conjunto de mandatos que prohíben, permiten, regulan, etc., los comportamientos humanos hacia los fines de la sociedad. Esto es, a los productos de la autoridad humana que deben considerarse como jurídicos. Respecto a esas ordenaciones, recuerda León Molina:

Alchourron considera una versión más estricta de la diferenciación de fuentes, explicadas a continuación.

A. Formales. La legislación es la fuente formal del derecho, por excelencia. La costumbre, así como otro tipo de normas, son tenidas en cuenta solo cuando la ley indica en qué casos se tienen en cuenta [...]

.....
79 Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural* (Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana, 2000), 118. (Cursivas en el original).

•Fuentes del Derecho.

b. Materiales. Las fuentes materiales del derecho, según este enfoque son las siguientes:

La moral. No se discute la naturaleza formal o material de esta fuente, pero se afirma que es una fuente material.

La jurisprudencia. Se justifica el hecho que la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, por cuanto si una decisión judicial deriva de las leyes del Estado, la jurisprudencia no le aporta nada a las leyes; por cuanto si no se tiene en cuenta la ley en la jurisprudencia, se viola el principio de legalidad.⁸⁰

Ciertamente esa perspectiva contiene observaciones verdaderas, aunque para el Realismo Jurídico Clásico reducir en cada caso la determinación de qué es Derecho y qué no, no pasa solo por aplicar los criterios que cada sistema jurídico contemple para producir “normas jurídicas”. Si fuese así, decir el Derecho, decir lo justo, sería un negocio acabado consigo mismo, puesto que todo ordenamiento jurídico declararía desde un principio los criterios normativos (axiológicos-deductivos) a partir de los cuales se aplicaría el “Derecho”. Este es un asunto específico al cual subyace la discusión acerca de la existencia de criterios de objetividad preexistentes para la solución de cualquier litigio o controversia.⁸¹

En los ordenamientos jurídicos de la llamada tradición continental, la búsqueda de esos criterios de objetividad ha dado como resultado la fetichización de la ley, teniendo a esta como la forma más importante, sino única, de manifestación del Derecho Positivo. Se supone que así, la forma adecuada de garantizar la autonomía de los diferentes poderes públicos es conferirle al legislador y, en algunos casos, al poder ejecutivo, la exclusiva dignidad creativa del Derecho Positivo. Lo dicho, con el argumento de que la sujeción del poder judicial a la ley, en sentido estricto, constituye una garantía para los asociados, pues estos saben, gracias a ello, que sus derechos y deberes serán definidos a partir de la sola consideración de la ley escrita y no por razones políticas o de conveniencia.

Así, y siguiendo a Carnelutti⁸², se parte de una noción de Derecho fundada en la unidad, completitud y coherencia interna de todo sistema jurídico, como mecanismo proveedor de mandatos hipotéticos y generales para la ordenación social.

80 Agudelo Giraldo et al., *Lógica Aplicada al Razonamiento del Derecho*, 118-119.

81 Julio Cueto-Rua, *Fuentes del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993), 18.

82 Carnelutti, *Como nace el Derecho*, 50

Se subraya y naturaliza, de esta forma, el carácter de las normas jurídicas por su generador: el poder público, desconociendo que las normas jurídicas se refieren al débito justo. Al respecto, sintéticamente Hervada recuerda que

ha sido común enlazar –con enlace necesario– la norma jurídica con el poder superior a sus destinatarios; la norma jurídica sería de suyo una emanación del poder social. Enlazar la norma con un poder superior es sin duda correcto desde la perspectiva de la filosofía política la cual contempla la sociedad desde el punto de vista del desenvolvimiento de la vida social, en relación a los fines sociales [...] Pero esta perspectiva no es la propia del derecho, cuyo concepto clave no es el de orden, sólo el de reparto de cosas, o sea de *lo justo*.⁸³

Por lo mismo, no es de recibo reducir la perspectiva del jurista, desde la cual el Realismo Clásico concibe el Derecho, a la ordenación positiva de la conducta humana, puesto que esta se refiere a una sola de las dos dimensiones con las que la teoría tradicional ha dividido las fuentes del Derecho, como se indicará a continuación.

Las fuentes del Derecho Positivo y sus dimensiones

El tema de la clasificación de las fuentes del Derecho ha sido siempre una de las cuestiones más complejas y discutidas en la Teoría General del Derecho⁸⁴, al punto que se han creado diversas tipologías para su distinción. Así, por ejemplo, Bobbio distingue entre fuentes directas e indirectas⁸⁵; Nino entre fuentes espontáneas y deliberadas⁸⁶; y Martínez Roldán entre fuentes internas y externas, estatales y no estatales y escritas y no escritas.⁸⁷

Ciertamente el ejercicio taxonómico descrito no es injustificado, aunque parte de una clarificación del sentido de la expresión fuente, que distingue entre el escenario que da origen a la norma jurídica, sea este espacial (interno o externo;

83 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 119. (Cursivas en el original).

84 Ejemplos de los complejos debates sobre el papel de las fuentes del Derecho son: Alf Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999), 35; Francisco Geny, *Métodos de Interpretación y Fuentes del derecho Privado Positivo* (Granada: Comares, 2016). Federico Carlos Von Savigny, *Las Fuentes Jurídicas y la Interpretación de la Ley. Los fundamentos de la ciencia jurídica* (Bogotá: Leyer, 2005).

85 Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Temis, 1997).

86 Carlos Nino, *Introducción al Análisis del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001).

87 Luis Martínez Roldán, *Curso de Teoría del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1999).

•Fuentes del Derecho•

estatal o no estatal) o circunstancial (espontáneo o deliberado; escrito o no escrito; directo o indirecto), y la expresión fuente entendida como las manifestaciones exteriores de normas jurídicas (leyes, reglamentos, tratados internacionales, jurisprudencia, entre otros) que se jerarquizan según las particularidades de cada sistema jurídico. Así, por ejemplo, se dice que en los países de tradición continental el criterio determinante para decir qué es Derecho es primero la ley y subsidiariamente los restantes; mientras que en los países de tradición anglosajona sucede lo contrario.

Bajo la perspectiva de esa precisión de sentido, es comprensible que cierto sector de la academia considere que

no es viable realizar una doctrina sobre las fuentes del derecho que tenga aplicación en todos los ordenamientos jurídicos, debido a que en cada país, obedeciendo al momento histórico en el que se ubica y atendiendo al escenario social vigente, se desarrolla una doctrina relacionada con las fuentes del derecho que se adecue a él.⁸⁸

Sin embargo, en el sentido más amplio que propone el Realismo Jurídico Clásico, las fuentes son entendidas como instancias de legitimación o justificación del Derecho Positivo, más allá del mismo, porque, como dice Hervada,

lo que hace que una regla de conducta social sea norma jurídica es que obligue con deber de justicia, lo mismo si proviene de un poder superior que si deriva de un pacto, o del consentimiento entre iguales. Será pues, norma jurídica toda regla de conducta cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social, como si proviene de la capacidad de compromiso de las personas, del consentimiento de las personas, del consentimiento del pueblo o de la naturaleza humana.⁸⁹

Además, persistir en que las fuentes del Derecho “son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”⁹⁰, es desconocer que en el escenario globalizado actual las distinciones sugeridas no son del todo exactas, pues: a) se han desdibujado los

88 Carlos Arturo Hernández Díaz, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, *Revista Criterio Jurídico Garantista*, Año 2 – No. 2 (Enero-Junio de 2010): 142-152. En la misma dirección, Latorre señala que “Un sistema de fuentes no es fruto del azar o el, capricho, sino consecuencia de múltiples factores políticos, sociológicos e ideológicos. A través de ellos se trasparenta un conjunto de ideas y hechos dominantes de la comunidad que se trate”. Latorre, *Introducción al Derecho*, 51.

89 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 120-121.

90 Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 158.

límites entre lo interno y externo, por ejemplo con la Corte Penal Internacional; b) entre lo que es manifestación exterior de un mandato y lo que no, por ejemplo, en los casos donde prima el derecho internacional o comunitario, donde no existe una autoridad mandante sino apenas acuerdos; c) y, entre el primado de un criterio sobre otro, por ejemplo, en los casos en que la jurisprudencia se impone sobre la ley, no sólo en casos concretos, sino también para los generales y abstractos.

Reducir entonces el fenómeno jurídico al escenario de su producción –el Derecho Objetivo emanado del poder soberano social–, o a la descripción de sus manifestaciones, no permite dar cuenta de otros fenómenos normativos de indudable naturaleza jurídica que generan normas de justicia, como el derecho internacional, los negocios jurídicos normativos, las convenciones colectivas de trabajo, las decisiones de tribunales de arbitramento internacionales, etc. Lo dicho sugiere dar cuenta de la dimensión de justicia necesaria a una norma jurídica, porque lo jurídico es lo propio del *ius* o *iustum*, pero como en este momento sólo es de interés abordar los elementos o realidades extrínsecas del analogado secundario, se prefiere hacer uso aquí de la tradicional y propedéutica distinción entre la dimensión formal y material del “Derecho”, la cual es, como se mostrará a continuación, más descriptiva que valorativa del fenómeno jurídico positivo.

La dimensión material del Derecho Positivo

La teoría tradicional, que se remonta al trabajo de Gény, suele identificar la dimensión material con un determinado tipo de fuentes: las materiales. Sin embargo, como se verá más adelante, estas fuentes, al contrario de lo que sucede con las fuentes formales, no constituyen Derecho, porque se establecen por todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas.

Entre las múltiples causas que originan materialmente el “Derecho” suelen ubicarse dos grupos: el de las circunstancias políticas, sociales, económicas, históricas, geográficas, culturales, las cuales pueden influir en la producción del Derecho y pueden considerarse como *factores de significación fáctica*; y el de los móviles de orden ideológico o espiritual (religiosos, políticos, científicos, etc.), que pueden considerarse como *factores de significación ideal*.

La importancia de esta dimensión en la lectura tradicional es que puede servir como criterio de auxilio ante las lagunas de la ley (fuente original en sentido primario), aunque para que se pueda emplear deben tornarse en “Derecho”. De otro modo, habría de admitirse que el “Derecho” no tiene la unidad, completitud y coherencia interna que se supone todo sistema jurídico genuino debería satisfacer, ya que frente a la obligación de fallar en todo caso y a la ineptitud del sistema para hacerlo, el juez debe recurrir a factores que no constituyen Derecho.⁹¹

En el ámbito de los realismos sociológicos norteamericanos, que sigue cierta parte del *Common Law*, dicho problema no tiene lugar, pues si se considera que *Derecho es lo que dictan los jueces*, no existe diferencia alguna entre fuentes originales y criterios auxiliares. Todos los medios de los que se sirva el juez para fallar son criterios, fuera la ley, la jurisprudencia o cualquier otro. Al final de cuentas, la única fuente original es la fuente material.⁹²

En cambio, en el ámbito de la tradición continental, se requiere ubicar precisamente cuáles son las fuentes originales y cuáles las subsidiarias o criterios auxiliares. Es allí, precisamente, en donde se encuentran las diferencias entre los diversos sistema jurídicos.⁹³ Como Aftalión (citado por Hernández) lo explica, pese a que todos suponen que

91 Positivistas jurídicos como Hart no dudan en aceptar que

la textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. H.L.A. Hart. *El Concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió (México: Editora Nacional, 1980) 168.

La tesis de Hart, en efecto, reconoce que en los casos donde no existen medios jurídicos para “decir el derecho”, el juez bien debe recurrir a la discrecionalidad para garantizar su deber de fallar. H.L.A Hart, “Poscriptum”. En *La Decisión Judicial*, H.L.A. Hart y R. Dworkin (Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997), 89.

92 Respecto a la visión radical de los factualismos jurídicos norteamericanos, véase: Rojas González, “Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica”, 137-141.

93 En España, por ejemplo, son fuentes del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; en la categoría de ley, y como norma fundamental, se encuentra la propia Constitución. La jurisprudencia aún no merece el calificativo de fuente, aunque en la práctica ha adquirido una cierta trascendencia normativa. Por eso se dice que

fuente primaria, según la disposición es la ley en sentido amplio, es decir el ordenamiento jurídico español vigente. Fuentes complementarias son la costumbre y principios generales del derecho; y, finalmente, a la doctrina y jurisprudencia les da la calidad de fuentes aclaratorias. Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 145.

En Colombia, declara el artículo 230 de la Constitución, que: “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”. Constitución Política de Colombia (1991), art. 230.

todas esas causas sociológicas por las cuales las normas en determinada comunidad tienen contenido concreto, todas esas “fuentes materiales”, para advenir derecho aplicable, es necesario que pasen por el molde que imponen las fuentes formales. No basta con que sean meras fuentes materiales, sino que deben adquirir la forma de las fuentes formales.⁹⁴

Semejante inclusión, como se advierte, desconoce la dimensión propia del Derecho, de cualquier realidad diferente a la jurídica –en el sentido limitado del término–. Tal condición contrasta con la posición del Realismo Jurídico Clásico, que considera que el principio material es un principio entitativo o sustrato determinable de todas las cosas por razones naturales y no convencionales. Pero cabe aclarar que

esa pertenencia de los derechos al sujeto humano no lo comprende en toda su entidad: no es todo el hombre y en todas sus dimensiones el titular de derechos; en rigor los derechos existen en la dimensión práctica del hombre, en su razón y en su voluntad en cuanto ordenadas a la obtención de la perfección humana social. Es allí donde residen los derechos que son algo del sujeto humano, pero a través de su voluntad y su razón práctica.⁹⁵

En esta lectura se abre el espectro de los analogados del Derecho al Derecho Natural, esto es, de los derechos inherentes al orden de la dimensión material que no exigen, para ser considerados Derecho, pasar por la criba de su formación en un sistema de fuentes positivo, tema que se tratará hasta el Capítulo V de esta *Introducción al Derecho*. Basta por el momento retener que en la lectura tradicional, cuando se usa la expresión fuentes materiales, se incluyen consideraciones de orden meta-jurídico, mientras que en la del Realismo Clásico no necesariamente todo lo jurídico encierra lo que es Derecho, en el sentido del *iustum*, ni todo lo que es Derecho, en el sentido del *lex*, puede ser considerado jurídico.

La dimensión formal del Derecho Positivo

Usualmente se indica que los modos en que se exteriorizan los contenidos normativos que integran un determinado sistema jurídico constituyen sus fuentes formales. Por ejemplo, a nivel interno: la Constitución, la ley, la jurisprudencia,

94 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 146.

95 Carlos Ignacio Massini, *Filosofía del Derecho. El Derecho de los Derechos Humanos y el Valor del Derecho*, Tomo I, 2da ed. (Buenos Aires: Lexis Nexis, 1984), 44-45.

etc. Y a nivel externo: los tratados de derecho internacional y comunitario, según corresponda.⁹⁶

Sin embargo, en la lectura tradicional no todos los modos en que se exteriorizan contenidos normativos constituyen normas jurídicas, pues sólo el propio sistema jurídico asegura qué es y qué no es un contenido de ese tipo. Entre las múltiples formas que afirman la seguridad jurídica, para algunos el fin del Derecho, este último suele ubicar dos grupos. El primero tiene que ver con los *factores de significación cualificativa* o de poder que establecen quién o quienes han de decir qué es el Derecho, en otras palabras, quién o quiénes tienen la *competencia* de crear Derecho: sea el Estado a través de sus órganos, el pueblo a través de sus representantes o por propia iniciativa. Y el segundo con los *factores de significación técnica* o de procedimiento, que corresponden a las formas, vías o cauces a través de las cuales los órganos o las iniciativas legitimadas para crear Derecho, efectivamente lo crean según el propio sistema jurídico.

No obstante, es necesario advertir de nuevo que desde el Realismo Clásico la fuente formal de Derecho no es, ni constituye, todo el Derecho, ya que la norma creada por ella es el resultado (el contenido), mientras que la fuente es el medio de producción (la forma); lo mismo que el agente de decisión (órgano, representantes, etc.) no es igual que la norma creada por él. De suerte que las leyes, las sentencias, las costumbres, el congreso, el parlamento, el gobierno etc., no son las fuentes formales de Derecho, sino apenas una parte de su sentido positivo. Lo anterior sin atender, por supuesto, lo que le resta en el sentido más amplio del realismo, como se verá más adelante.

Ciertamente los *factores de significación cualificativa* parecen competirle a la Ciencia Política, pues en últimas tratan el problema del poder, de quién manda. Esto es claro en los órdenes jurídicos constitucionalizados que disponen en una Constitución o en una Carta Política el resultado de un acuerdo social respecto a los pesos y contrapesos en el ejercicio del poder, no del Derecho. De ahí que la obligatoriedad de la norma jurídica se haya visto sólo como fruto del mando –se tiene el derecho porque se tiene el poder–, cuando la obligatoriedad de la norma

.....
⁹⁶ Martínez Roldán, *Curso de Teoría del Derecho*, 162.

jurídica, desde el punto de vista del Realismo Clásico, es la propia del deber correlativo al Derecho, de lo justo.⁹⁷

Siguiendo a Bobbio, por ende, no es de recibo la tesis que sostiene 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 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.*⁹⁸

En efecto, cuando se declara la omnipotencia de la voluntad de un acto humano, individual o colectivo, para originar y hacer surgir a la realidad todo “derecho”, se deja de lado todo aquello que la persona posee por su especial dignidad, incluso antes de cualquier ordenamiento jurídico: sus derechos inherentes. Y, además, se desconoce la costumbre, entendida como “aquellos comportamientos reiterados, uniformes y públicos que al interior de determinado conglomerado social se tiene la convicción de que se trata de un comportamiento que debe ser cumplido (*opinio juris seu necessitatis*)”.⁹⁹

Con el objetivo de salirle al paso a estas cuestiones, la lectura tradicional ha considerado que todos los *factores de significación técnica* se reducen ontológicamente a tres: uso, pacto y decisión. El primero tiene la forma del Derecho consuetudinario; el segundo la de los contratos, convenios, tratados internacionales, etc.; y el tercero, según el tipo de Constitución Política, puede adoptar fundamentalmente dos formas:

- Una *forma general y abstracta*, en cuyo caso recibe el nombre de *legislación*. García Máynez la define, en términos generales, como “el proceso por el

97 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 121 (nota).

98 Marco Fonseca Ramos, “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano a partir de la Nueva Constitución”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, No. 1 (1992): 32-45. (Cursiva de este texto).

99 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 146.

cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes”.¹⁰⁰

• Y una *forma individual y concreta* a la que se conoce con el nombre de *jurisdicción*. Del Vecchio la define como “aquella actividad que tiende a la solución de las controversias o contrastes que surgen en el curso de las relaciones intersubjetivas”.¹⁰¹ Es la función específica de los jueces, que la ejercen aplicando las normas jurídicas, por lo común generales y abstractas, a los casos concretos que deben decidir.

Sin embargo, la jurisdicción no se reduce a decir el Derecho, como consideraran los realistas norteamericanos, porque el juez —en sistemas jurídico continentales— no tiene un margen de discrecionalidad mayor a aquel que le da una norma preexistente (legal o consuetudinaria), aunque ciertamente puede servirse de las interpretaciones autorizadas, por competencia o jerarquía, al momento de desarrollar e integrar las normas que aplica.

Mediante la caracterización presentada, la lectura tradicional considera que todos los *factores de significación técnica* pueden contener el voluntarismo que subyace a decir el Derecho. Sin embargo, como en esa lectura, toda exteriorización de la voluntad normativa es jurídica, lo cierto es que no puede decirse que un uso o un pacto sean normas jurídicas si no existe el reconocimiento de un órgano de poder, en el ámbito interno (el Estado) o en el ámbito externo (un tribunal internacional), que así lo señale. De tal manera que los problemas mostrados por el Realismo Clásico siguen persistiendo en las diferentes formas positivas de manifestarse la voluntad creadora humana.

Las fuentes del Derecho Positivo y sus manifestaciones

Como se ha indicado anteriormente, los medios por los cuales se exterioriza la voluntad creadora de la norma jurídica constituyen, para lectura corriente, fuentes del Derecho diferenciadas por su estudio desde el Derecho mismo y no por el estudio de las fuentes mismas. No se estudian los parlamentos, congresos, órganos ejecutivos, tribunales, etc., sino sus resultados traducidos en leyes, costumbres,

100 Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho* (México: Porrúa, 1980), p. 52.

101 Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho* (Barcelona: Bosch, 1964), 370.

jurisprudencia, etc.¹⁰² El Derecho, en ese sentido, puede revestir formas diferentes que se presentan evidentemente en la realidad, aunque ciertamente no son consideradas fuentes del Derecho por todos los autores, tal y como se describe a continuación.

La ley

Respecto a la ley, es unánimemente admitido que es una de las modalidades del Derecho Positivo general, en el sentido amplio de ser norma legislada, pues alberga los Decretos-Ley, las resoluciones y actos administrativos con fuerza directiva. La norma jurídica, en este caso, es un precepto impuesto por los poderes públicos. Así, por ley, debe entenderse la norma que cumple con los *factores de significación cualificativa* y de *significación técnica* que se requieren para que sea jurídica.

Las especificaciones y requerimientos de dichos *factores* le confieren a la ley su particular dignidad, ya que en los sistemas jurídicos continentales, así como la ley tiene un primado por sobre otras “fuentes” de Derecho, también las leyes tienen una jerarquización según las condiciones, más o menos exigentes, para su producción. Por ejemplo, las leyes orgánicas en España o las leyes estatutarias en Colombia gozan de una estabilidad mayor que las leyes ordinarias (las que no tienen ese carácter), porque la dificultad para su modificación espera ser un mecanismo para que estas leyes se conviertan en el desarrollo o prolongación de la Constitución en ciertas materias específicas.

Bajo especificaciones legales y de *significación técnica*, el poder ejecutivo puede producir normas con el rango de Decretos-Ley, así como también reglamentaciones que toman la forma de decretos u órdenes ministeriales de rango inferior que las leyes, pero también obligatorias y abstractas, que deben facilitar la ejecución de la materia objeto de una ley. Las leyes, en los órdenes constitucionalizados, suelen tener un control de legalidad a cargo de una instancia especializada, según la naturaleza de las mismas (constitucional y/o contencioso – administrativo). Pero dada la complejidad y el carácter heterónimo que las leyes

.....
102 Al respecto véase: Jorge González Jácome, “El Problema de las Fuentes del Derecho: Una perspectiva desde la argumentación jurídica”, *Revista Universitas*. No. 112 (julio-diciembre, 2006): 265-293.

toman en los distintos órdenes jurídicos, se requiere observar particularmente en cada Estado cuáles son las especificaciones sobre sus distinciones.

La costumbre

Cuando el Derecho se manifiesta bajo la forma de la costumbre, suele considerarse que el orden jurídico examinado es un orden no suficientemente desarrollado.¹⁰³ Dicha posición, sin duda legocentrista, es incapaz de advertir la capacidad de adecuación que presta la *opinio iuris seu necessitatis* a un medio cambiante. Esto, ya que la costumbre

es un elemento imprescindible de la cultura de un pueblo, inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.¹⁰⁴

Sin embargo, como la costumbre tiene una evidente relación con las fuentes materiales del Derecho, o sea, las de orden meta-jurídico, en la doctrina se controvierte el fundamento de su juridicidad. Este es un punto sobre el cual es difícil alguna solución, porque precisamente por razones de cultura jurídica y posición jusfilosófica, cada sistema jurídico ubica la costumbre en el lugar que considera es el más adecuado. Así, por ejemplo, en España la costumbre es considerada una fuente complementaria de Derecho, de rango constitucional, mientras que en Colombia no aparece siquiera en la enumeración de los criterios auxiliares.¹⁰⁵ Pese a lo dicho, “se habla al interior de la doctrina de costumbre *secundum legem* (a favor de la ley), costumbre *contra legem* (contra la ley) y costumbre *praeter legem* (reguladora de situaciones que la ley no regula)”.¹⁰⁶

103 Así, por ejemplo, véase: Latorre, *Introducción al Derecho*, 60.

104 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 148.

105 No obstante, sugiere Fonseca, 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. Fonseca, “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano”, 40.

106 Hernández, “La Costumbre como Fuente del Derecho”, 147.

La jurisprudencia

Se entiende por jurisprudencia el conjunto de resoluciones de los jueces o tribunales que pueden constituir un criterio auxiliar o una fuente aclaratoria para casos en los que no exista una fuente primaria para su resolución o que la misma resulte dudosa.

En los países de tradición continental se suele afirmar que la jurisprudencia uniforme ejerce un influjo mayor o menor según las materias, pues en todo caso existe un primado de la ley, aun cuando se reconoce, en la práctica, que la jurisprudencia permite la adaptación legal a las circunstancias de los tiempos. Por eso, señala Latorre, que

la importancia evidente que tiene la jurisprudencia hace que se pueda pensar, en algunos casos, en una aproximación entre los sistemas continental y anglosajón [...] Sin embargo, existen diferencias importantes que conviene no olvidar. La principal no estriba, como a veces se suele señalar, en el hecho de que los derechos anglosajones consideren vinculante una sola sentencia mientras que los continentales requieran una doctrina continuada en varias de ellas, sino en la función distinta que tiene esa vinculación. En Inglaterra, su función fue sobre todo limitar la libertad del juez, dar fortaleza a un derecho que de otro modo reposaría en criterios muy vagos. En los países continentales, en cambio, el valor de la jurisprudencia ha estribado precisamente en lo contrario: dar elasticidad a Derechos demasiado rígidos por derivar de leyes escritas poco flexibles.¹⁰⁷

La doctrina

Los estudios y opiniones de los juristas, lo mismo que la jurisprudencia, no se consideran regularmente fuentes en sentido original, sino un criterio auxiliar o una fuente aclaratoria, porque la doctrina no es una modalidad del Derecho Positivo, es decir, no es fuente formal, sino fuente material. En tal carácter puede, por ejemplo, inspirar el fallo de un juez, una ley del congreso, etc., pero nunca crear Derecho, pues “su influencia –dice Latorre– es persuasiva, deriva del valor intrínseco de los argumentos que cada jurista emplee y no de ninguna disposición

.....
¹⁰⁷ Latorre, *Introducción al Derecho*, 67.

legal”.¹⁰⁸ Lo que de forma alguna le resta importancia, pues una doctrina reputada puede, en muchos casos, sugerir la transformación de toda un área del Derecho.

Los principios generales del Derecho

Se entiende por *principios generales del Derecho*

los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares [...] una norma jurídica se establece para un número determinado de actos o hechos y sólo rige para esos actos o hechos. Un principio, en cambio comporta una serie indefinida de aplicaciones.¹⁰⁹

Así, los *principios* actúan como medio para colmar lagunas del Derecho Positivo. Sin embargo, es necesario anotar que una cosa son los principios generales de un área específica de los elementos o realidades extrínsecas que concretan el analogado secundario *Derecho-norma*, y otra los principios generales del analogado principal Derecho. Los primeros remiten a los fundamentos mismos del sistema jurídico y, por ello, se tratan por parcelas y son diferentes en cada ordenamiento jurídico positivo; mientras que los segundos sugieren superar todo ordenamiento jurídico positivo vigente, como se discutirá largamente más adelante.

Para el caso presente, los *principios generales del Derecho* (criterios auxiliares en Colombia o fuentes complementarias en España), se caracterizan, siguiendo el planteamiento de Dworkin, teniendo en cuenta la distinción entre principios y reglas desarrollada por Alexy. Esto es, por la propiedad fundamental que distingue principios y reglas: los primeros representan mandatos de optimización, o sea, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”,¹¹⁰ a diferencia de las reglas, que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.¹¹¹

108 *Ibid.*, 68.

109 *Ibid.*, 65.

110 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 86.

111 *Ibid.*, 87.

La equidad

Indudablemente, y como se desarrollará en el siguiente capítulo, este concepto es, de todos los vistos, el más difícil de asir, pues su indudable vínculo con la justicia (desde Aristóteles en la *Ética* a Nicómaco) implica desbordar la dimensión jurídico positiva ordinaria. Por esta razón, expresa el texto constitucional colombiano, no le es posible a los jueces ordinarios fallar en equidad, aunque sí pueden emplear el criterio para comprender el alcance y espíritu de la fuente formal que ha de basar su decisión judicial. Sin embargo, recuerda Fonseca,

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*”.¹¹²

112 Fonseca, “Las Fuentes Formales del Derecho Colombiano”, 44.